

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCELA MACEDO FÉDER

OS LIMITES DA TENTATIVA DE DELITO:

A separação entre atos preparatórios e atos de execução

CURITIBA

2017

MARCELA MACEDO FÉDER

OS LIMITES DA TENTATIVA DE DELITO:

A separação entre atos preparatórios e atos de execução

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA


2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELA MACEDO FEDER

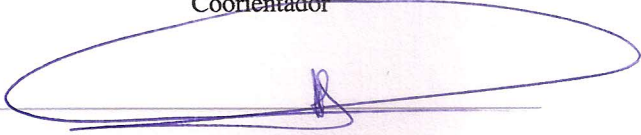
OS LIMITES DA TENTATIVA DE DELITO: A separação entre atos preparatórios e atos de execução

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PAULO CÉSAR BUSATO
Orientador

Coorientador



DECIO FRANCO DAVID - Departamento de Direito
Penal e Processual penal
Primeiro Membro



JACSON LUIZ ZILIO
Segundo Membro

RESUMO

A questão que se propõe debater neste trabalho diz respeito ao início do crime na sua forma tentada, isto é, o fator que simboliza a ultrapassagem do limite entre os atos de preparação e os atos de execução da infração penal. A resposta à pergunta “em qual momento tem início a tentativa?” implica na fixação de uma barreira que divide os atos realizados pelo autor do delito não só em atos preparatórios e executórios, mas também em atos impuníveis e puníveis. Na medida em que o agente tenha ou não terminado a preparação do crime e iniciado a sua execução, ele estará ou não sujeito a receber uma repressão penal por parte do Estado. Pretende-se, então, expor a temática de modo a esclarecer ao leitor todos os problemas à ela relacionados, ao mesmo tempo em que explorar as teorias que já foram desenvolvidas pela doutrina no esforço de colocar um fim às diversas dúvidas e inseguranças que o tema faz surgir. O objetivo central, pois, consiste em abordar o tema, suas problemáticas e as principais teses que foram elaboradas em torno dele. Para tal, manteve-se o foco preponderantemente no estudo da doutrina que se dedicou ao tema. Para chegar ao tema principal, porém, mostrou-se necessário enfrentar demais questões relacionadas, dentre elas, os elementos e o conceito da tentativa de delito, o desenvolvimento do *iter criminis* e as teorias de fundamento da punibilidade da tentativa. Nada obstante, será demonstrado, ao decorrer da narrativa, que o tema da separação entre atos preparatórios e atos de execução parece estar envolto em problemas quase insuperáveis – apesar de ser extremamente importante dentro da Teoria do Delito e para a política criminal –, pelos motivos que serão expostos durante o presente estudo.

Palavras-chave: Limites da tentativa de delito. Separação entre atos preparatórios e atos de execução. Fronteira entre impunidade e punibilidade do crime.

RESUMEN

La cuestión que se propone debatir en este trabajo versa sobre el inicio del delito en su forma intentada, es decir, el factor que simboliza sobrepasar el límite entre los actos preparatorios y los actos de ejecución de la infracción penal. La respuesta a la pregunta “¿en qué momento tiene inicio la tentativa?” lleva al establecimiento de una barrera que divide los actos realizados por el autor del delito no solo en actos preparatorios y ejecutorios, sino también en actos punibles o no punibles. En la medida en que el agente haya o no terminado la preparación del crimen y empezado su ejecución, este estará o no sujeto a recibir una represión penal por parte del Estado. Se pretende, por lo tanto, exponer la temática para esclarecer al lector todos los problemas relacionados a ella, al mismo tiempo que explorar las teorías que ya fueron desarrolladas por la doctrina intentando poner fin a las varias dudas e inseguridades que el tema conlleva. El objetivo principal, pues, es abordar el tema, sus problemáticas y las principales teorías que se han hecho sobre el asunto. Para ello, hace falta mantener el foco primordialmente en el estudio de la doctrina que se dedicó al tema. Sin embargo, para llegar al tema principal fue necesario enfrentarse a otras cuestiones relacionadas, como los elementos y el concepto de la tentativa, el desarrollo del *iter criminis* y las teorías del fundamento de la punibilidad de la tentativa. No obstante, se va a demostrar, durante la narración, que el tema de la separación entre actos preparatorios y actos de ejecución parece acarrear problemas casi insuperables – a pesar de ser muy importante dentro de la Teoría del Delito y también para la política criminal –, por los motivos que serán expuestos en este trabajo.

Palabras clave: Límites de la tentativa de delito. Separación entre actos preparatorios y actos de ejecución. Frontera entre la impunidad y la punibilidad del crimen.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	A TENTATIVA DE DELITO.....	9
2.1.	POR QUE SE PUNE O CRIME TENTADO?.....	12
2.2.	<i>ITER CRIMINIS</i>	23
2.2.1.	Cogitação	25
2.2.2.	Preparação	26
2.2.3.	Execução	28
2.2.4.	Consumação	29
2.2.5.	Exaurimento	31
2.3.	FRONTEIRAS DA TENTATIVA: ATOS PREPARATÓRIOS E CONSUMAÇÃO	32
3.	TEORIAS QUE SEPARAM OS ATOS PREPARATÓRIOS DOS ATOS DE EXECUÇÃO	35
3.1.	TEORIA NEGATIVA	39
3.2.	TEORIA SUBJETIVA PURA.....	40
3.3.	TEORIAS OBJETIVAS	45
3.3.1.	Teoria objetivo-formal.....	46
3.3.2.	Teoria objetivo-material	50
3.3.3.	Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva	54
4.	CONCLUSÃO	60
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1. INTRODUÇÃO

Diversos são os temas que perturbam a doutrina do direito penal; dentro da Teoria do Delito seguramente a tentativa é uma das questões mais problemáticas. Discute-se, dentro desse tema, o fundamento da sua punibilidade, os limites de seu elemento subjetivo (dolo) e a sua compatibilidade ou não com os crimes de natureza omissiva. Para além deles, a controvérsia que parece ser a mais debatida em meio doutrinário e jurisprudencial é a separação entre os atos preparatórios e os atos de execução. Neste estudo, o recorte feito dentro da temática do delito tentado é, pois, no sentido de abranger somente a questão do momento inicial da tentativa. Explica-se a relevância do tema.

Nem todo agente com intento criminoso que dá início à realização do delito consegue atingir a consumação conforme havia planejado. Quando a ausência de consumação é decorrente de fatores alheios à vontade do agente, fala-se que está configurada a tentativa. No entanto, a sua configuração não é assim tão simples. Ela depende, além da interrupção da ação do autor contrária à sua vontade, que o autor, quando interrompido, já tenha dado início à prática dos atos conhecidos como atos de execução do delito.

Conforme será explicado mais detalhadamente durante o trabalho, o crime usualmente é desenvolvido em etapas, cuja união dá-se o nome de *iter criminis*. Antes da execução, o autor necessariamente passa pela fase de preparação do delito, que é impune e, portanto, irrelevante para o direito penal – salvo por disposição expressa prevista em lei. Assim, o agente somente poderá receber uma sanção penal, por tentativa, na hipótese de, uma vez já iniciada a execução do crime, ele ser interrompido contra a sua vontade. É nessa, e somente nessa, circunstância que o autor poderá responder por um crime na sua forma tentada.

As teorias que serão investigadas durante este trabalho se ocupam de estabelecer o instante em que o agente dá início aos atos de execução do delito, podendo, então, haver tentativa. Essas teorias, por vezes, adotam critérios bastante distintos entre si, conforme veremos.

Com efeito, dizer qual é o momento que marca o início da tentativa significa dizer a partir de quando a conduta desenrolada pelo agente passa a ser punível. Em outras palavras, o momento que marca o início da tentativa marca também o momento a partir do qual o Estado passa a ter legitimidade de intervenção e

aplicação de uma penalidade ao agente que atua visando a violar uma norma penal vigente.

Tal é a importância do tema que será apresentado e debatido, que também representa um grande impasse dentro da Teoria do Delito e do Direito Penal. Nota-se, ainda, que não somente é um problema que atinge a doutrina penalista como também é enfrentado diariamente pela *praxis* dos tribunais.

Adianta-se que a definição do momento em que tem início os atos de execução é de extrema dificuldade, por diversos motivos que serão explorados com muito mais enfoque no desenrolar da presente investigação.

2. A TENTATIVA DE DELITO

Inicialmente, antes de aprofundar o tema pesquisado, cabe conceituar e definir o delito tentado como instituto jurídico-penal que trouxe divergências teóricas desde o momento em que foi incorporado ao mundo jurídico e gera discussões até hoje na doutrina, tanto em âmbito nacional como internacional.

Ferré Olivé ensina que a tentativa está relacionada à toda afronta a um bem jurídico que esteja sob proteção da norma penal, através de ações que estejam aptas a produzir um resultado que represente ameaça a esse bem.¹

A tentativa é constituída dos elementos subjetivo e objetivo, que devem ser examinados com base em um tipo abstrato da Parte Especial do Código Penal, pois a tentativa é um tipo dependente, isto é, *sus elementos no han de entenderse en sí mismos, sino que deben referirse al tipo de una determinada clase de delito.*²

É correto dizer que os elementos objetivo e subjetivo são comuns aos delitos consumados e tentados. Entretanto, apenas nos delitos consumados é que há uma correspondência entre eles, diferente do que acontece no delito tentado ou imprudente, em que há uma incongruência entre os elementos objetivo e subjetivo do tipo: quando a infração penal decorre de imprudência do agente, o tipo é objetivamente completo, porém subjetivamente incompleto; quando o delito é fruto de tentativa, acontece o inverso, o tipo é subjetivamente completo, porém objetivamente incompleto. O delito consumado, por fim, é sempre congruente.³

Por isso, tendo o sistema de imputação penal adotado como referência o tipo penal doloso consumado, a tentativa e a imprudência estão situadas nos dois extremos opostos do centro de imputação, de maneira que *el hecho de que las penas de la tentativa o del delito imprudente sean menores que en el delito doloso consumado, responde a una perspectiva de proporcional alejamiento del núcleo de imputación.*⁴

O aspecto subjetivo da tentativa, portanto, diz respeito à decisão de cometer um crime, momento em que é elaborado o *plano do fato* ou *programa típico*,

¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 571.

² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general.** 4. ed. Granada: Comares, 1993. 913 p. p. 466.

³ BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 456 p. p. 96-97.

⁴ ibidem, p. 98-99.

caracterizado principalmente pelo dolo, que é a vontade de seguir em frente com a conduta delituosa.⁵ O elemento subjetivo deve abarcar a totalidade dos elementos objetivos do tipo penal, bem como as suas qualificadoras, no caso de crime qualificado.⁶ Neste sentido, não deve haver diferenciação entre consumação e tentativa, pois o dolo em ambas é o mesmo:

Não há um dolo próprio para o crime tentado. O dolo do agente é dirigido a realizar a conduta descrita no tipo penal. Quando o agente exterioriza sua ação, o faz com a vontade de consumir a infração penal. Quando sua ação é interrompida por circunstâncias alheias à sua vontade, o seu dolo não se modifica.⁷

Ainda, importante ressaltar que quando a redação do delito consumado prevê também outros elementos subjetivos para que a ação seja típica, como o especial fim de agir, esse também deve estar presente na tentativa, sob pena de atipicidade da conduta, por exemplo, o especial fim de subtrair *para si ou para outrem* previsto no crime de furto do art. 155 do Código Penal.⁸

O elemento objetivo, por sua vez, corresponde ao começo da execução do tipo penal pelo autor, ou seja, é necessário que tenha sido iniciada a ação que, se não houvesse sido interrompida ou se tivesse acontecido conforme a representação mental do autor, desembocaria na realização do tipo penal e, conseqüentemente, na violação da norma jurídica.⁹ Desse modo, requer-se a ausência do resultado típico; o fracasso em atingir a consumação, necessariamente contrário à vontade do agente.

A ausência de consumação, todavia, não significa que não há resultado, mas somente que não houve a produção do resultado pretendido pelo autor. Aquele que busca lesionar um bem jurídico, e não obtém sucesso conforme seu plano delitivo, pode obter o resultado de causação de perigo ou pode causar a lesão de outro bem jurídico, diferente daquele que inicialmente pretendia lesionar:¹⁰

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 215-216.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., loc. cit.

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 846 p. p. 276.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. 679 p. p. 463.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p.467.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 110.

Por ejemplo, el que intenta matar busca la lesión del bien jurídico vida. Pero, si el disparo realizado no alcanza la víctima tan sólo pasando cerca de su cabeza, hubo un riesgo y no lesión al bien jurídico. De otro lado, si alcanza un brazo, produciendo una herida no letal, produce una lesión que no se corresponde con la que configuraba el intento del agente.¹¹

De fato, tais elementos acima mencionados ficam explícitos no art. 14, inciso II do Código Penal,¹² que exige para configuração da tentativa, além do início da execução, a ausência de consumação *por circunstâncias alheias à vontade do agente*.

Todas essas características da tentativa levam à conclusão de que ela é um tipo incompleto,¹³ derivado¹⁴ ou dependente.¹⁵ Isso porque, quem tenta, tenta algo, e esse “algo” consiste exatamente no tipo penal previsto abstratamente na Parte Especial do Código Penal.¹⁶ Neste sentido, *no hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de homicidio, hurto, estafa, etc.*¹⁷ Deste modo,

a tentativa é uma extensão da mesma norma proibitiva do tipo do delito consumado, e de modo algum configura um delito autônomo. A norma amplia-se para abranger em seu conteúdo proibitivo a ameaça ao bem jurídico (a perturbação do bem jurídico), como uma forma a mais de ofendê-lo, *mas não muda o bem jurídico, que continua a ser o mesmo do delito consumado.*¹⁸

Assim, fala-se que a tentativa corresponde a uma causa de ampliação do tipo penal e, portanto, *para afirmarse la tipicidad, hace falta conjugar la descripción del tipo de delito de la parte especial con una regla general que describe el intento.*

19

Em poucas palavras, Zaffaroni classifica a tentativa como um *delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade*

¹¹ idem.

¹² Art. 14. Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

¹³ Nomenclatura utilizada por Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.

¹⁴ Nomenclatura utilizada por Busato. BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 118.

¹⁵ Nomenclatura utilizada por Muñoz Conde. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., loc. cit.

¹⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., loc. cit.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 48-49.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

objetiva.²⁰ Ou seja, o delito tentado é a *realização incompleta da infração penal* descrita na Parte Especial, pois, apesar de o elemento subjetivo do tipo (dolo) estar completo, o elemento objetivo (resultado) não atinge sua completude, em razão de o agente não obter êxito em consumir o delito, havendo a *interrupção (não voluntária) do iter criminis*. É no aspecto objetivo, portanto, que a tentativa se diferencia da consumação, visto que aquela tem o elemento objetivo fragmentado.²¹

2.1. POR QUE SE PUNE O CRIME TENTADO?

Uma discussão anterior ao problema dos limites da tentativa é o fundamento político-criminal da sua punibilidade, havendo correntes doutrinárias que inclusive repudiam a sua criminalização.²² O Código Penal brasileiro, todavia, adotou critério distinto, permitindo a punição do delito tentado nos termos do art. 14, inciso II, que prevê o termo inicial do seu castigo.

O motivo pelo qual se pune as condutas que falharam em ofender um bem jurídico é, de acordo com Farré Trepát, fonte de grandes discussões no âmbito do direito penal, pois diz respeito, em grande parte, à teoria do injusto penal.²³ Não é por outro motivo que, decorridos quase 200 anos desde que a temática foi tratada pela primeira vez, ainda não existe consenso doutrinário que fundamente a tentativa.

²⁴

Tal tópico é de extrema relevância porque a punição da tentativa representa um avanço da barreira de imputação criminal e, sob pena de ferir o princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege* –, deve ser corretamente justificada e estar em consonância com o ordenamento jurídico. A tentativa representa, pois, um dos limites entre a punibilidade e a impunidade.²⁵

É certo que a consumação é mais grave que a tentativa, já que aquela atinge o bem jurídico protegido e o desvalor de seu resultado é maior, violando

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 48.

²¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 304.

²² Com base nos princípios da ofensividade e proporcionalidade, Paulo Queiroz defende que não há argumento político-criminal que justifique a criminalização da tentativa – do mesmo modo que não há penalização dos atos de preparação. *ibidem*, p. 310-311.

²³ FARRÉ TREPAT, Elena. **La Tentativa de Delito: doctrina y jurisprudencia**. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2011. p. 3.

²⁴ *ibidem*, p. 39.

²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p. p. 675.

efetivamente o tipo penal.²⁶ Entretanto, isso não significa que o fundamento de punibilidade de ambas seja de ordem diferente, mas somente que há distinção no grau de desvalorização do resultado, muito embora o desvalor da ação seja idêntico. Sobre a temática, Muñoz Conde leciona que:

ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el *desvalor del resultado* de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el *desvalor de la acción* sea el mismo.²⁷

Desta forma, não deixam de merecer punição as condutas que, apesar de não provocarem a consumação do crime, estiveram muito próximas de violar a norma penal, acarretando perigo concreto de ofensa a um bem jurídico tutelado pelo direito.²⁸

Por isso, houve o reconhecimento por parte do legislador de que *determinadas condutas são consideradas tão nocivas para a organização social que não é razoável aguardar a efetiva aflição dos bens jurídicos para que haja reação de parte do sistema de controle social do intolerável.*²⁹

Em face disso, a Parte Geral do Código Penal estabelece algumas brechas em que a conduta criminosa pode ser punida em momento anterior à consumação do delito. Tal previsão é essencial para que seja respeitado o princípio da legalidade no momento de punição da tentativa.

Em conformidade com o que já foi explicado neste trabalho, é importante lembrar que a tentativa não é um delito autônomo, exigindo a combinação do art. 14, inciso II com algum tipo penal da Parte Especial para que possa adquirir existência, até porque os tipos penais são previstos na forma de delito consumado e não tentado.³⁰

Farré Trepas esclarece que seria até possível o legislador ter tipificado, ao lado da previsão do tipo penal consumado, a punição do respectivo delito tentado. Entretanto, isto seria de uma insensatez absurda, porém uma hipótese em que a

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 460.

²⁷ idem.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p. p. 181.

²⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 658.

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 294-295.

tentativa seria um tipo independente – e não dependente, como se defendeu neste trabalho. A autora afirma, ainda, que a divisão do Código Penal em Parte Geral e Parte Especial é feita justamente para evitar que todos os preceitos que estão alocados na Parte Geral, e que em regra tem aplicabilidade dentro de toda a legislação penal, tenham que ser repetidos para cada delito da Parte Especial. Desse modo, o legislador simplificou a redação do Código Penal e evitou repetições desnecessárias.³¹ Continua-se defendendo, portanto, que o delito tentado é um tipo dependente, bem como uma hipótese de *extensão típica*.³²

Caso não houvesse essa possibilidade de ampliação da punição, os atos de execução permaneceriam impunes, da mesma forma que os atos de cogitação e preparação – que jamais são puníveis, salvo se eles mesmos constituírem crime autônomo –, de modo a contrariar o ideal de proteção de bens jurídicos em situação de perigo.³³

Neste trabalho, não cabe a análise detalhada das teorias desenvolvidas com fim de fundamentar a punibilidade da tentativa, pois extrapolaria demais o objeto de estudo. Entretanto, cabe mencionar que são três as principais correntes teóricas que almejam esclarecer a razão de sua punibilidade: a teoria subjetiva, a teoria objetiva e a teoria da impressão.

A teoria objetiva reconhece que o fundamento material do direito penal é a proteção de direitos e bens jurídicos e, dentro dessa lógica, entende que a tentativa é punível porque ela representa um perigo ao bem jurídico.³⁴ Ela surge em um contexto no qual as ideias liberais estavam ganhando força e também no auge da teoria causalista do delito, na primeira metade do século passado:³⁵

De aquí se dedujo que la lesión del Derecho puede consistir únicamente en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo, y la intervención del Estado a través de la pena sólo podrá justificarse si se ha producido dicha lesión. (...) De acuerdo con el punto de partida expuesto, la punición de la tentativa de delito se justificó en base a la peligrosidad objetiva de la acción. (...) En el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir, la acción peligrosa.

³⁶

³¹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 56-57.

³² BRANDÃO, Cláudio. op. cit., loc. cit.

³³ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 577.

³⁴ BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 456 p. p. 149.

³⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 5 e 8.

³⁶ ibidem, p. 6.

Desta feita, a teoria objetiva adota uma dimensão exclusivamente objetiva para justificar a tentativa, pois o dolo (elemento subjetivo) é precisamente o mesmo em todas as fases, desde a preparação até a consumação do delito, por isso é o aspecto objetivo – a ameaça próxima ao bem jurídico – que diferencia a tentativa da preparação do crime, justificando a possibilidade de punição daquela e a impunidade desta. Via de consequência, a pena da tentativa deve ser mais branda, pois na consumação há efetivamente um dano ao bem jurídico; na tentativa, somente *um perigo de dano*.³⁷

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1801), precursor da teoria objetiva mais amplamente recepcionada pela doutrina, acreditava que as ações empregadas no delito tentado possuíam uma relação de causalidade com o resultado que fora desejado, de modo que, para a demonstração do perigo concreto causado ao bem jurídico que fora proporcionado por essas ações, deveria ser tomado como base um observador *ex post* para valoração do perigo:³⁸

De ello deriva la diferenciación entre las conductas idóneas o inidóneas para la realización del resultado delictivo. Solamente las conductas idóneas para la realización del resultado, es decir, las que provocaban auténtico peligro, podrían ser punibles, las inidóneas quedaban completamente exentas de punibilidad.³⁹

Desta forma, a teoria objetiva restringe a punibilidade aos atos de execução e exclui a possibilidade de punição da tentativa absolutamente inidônea,⁴⁰ havendo uma significativa diferença entre o autor que, com dolo de homicídio, confunde veneno com sal de cozinha ao ministrá-lo na refeição da vítima (tentativa absolutamente inidônea), impunível, e o mesmo autor que ministra quantidade pequena e insuficiente de veneno (tentativa relativamente idônea), punível.⁴¹

Neste sentido, Ferré Olivé leciona que a tentativa seria punível conforme houvesse ou não perigo ao bem jurídico tutelado, e o grau de perigo seria analisado de acordo com a idoneidade absoluta ou relativa da ação. A ação absolutamente inidônea diz respeito à completa ausência de potencialidade lesiva do meio

³⁷ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., loc. cit.

³⁸ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 152-153.

³⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 153.

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit. p. 464.

⁴¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputacion**. 2.ed.corr. Madrid: M. Pons, 1997. 1113 p. p. 860.

empregado pelo autor, enquanto que os meios relativamente idôneos são aqueles que, *pelas circunstâncias excepcionais que acompanham o fato*, seriam incapazes de alcançar a consumação do delito, remetendo-se, então, aos exemplos citados logo acima.⁴²

Seguindo a mesma lógica, *não haverá tentativa quando o bem jurídico, concretamente, não tenha corrido algum perigo: aquele que entrar em uma habitação na qual nada existe para furtar não cometerá tentativa de furto*.⁴³

Por outro lado, Robert von Hippel defendia que deveria haver a substituição do autor do crime por uma pessoa prudente, munida dos conhecimentos que o autor detinha na época dos fatos bem como dos conhecimentos *ex ante* de um observador objetivo e, então, para que a tentativa fosse entendida como perigosa, essa pessoa prudente deveria considerar a produção do resultado não improvável.⁴⁴ Com isso,

La tentativa de homicidio con una arma de fuego que un tercero ha descargado, según la teoría objetiva moderna [de von Hippel], constituye una tentativa peligrosa, pero para la teoría objetiva anterior es una tentativa absolutamente inidónea y por tanto no peligrosa.⁴⁵

Cabe esclarecer que a inclusão de um critério *ex ante* fez com que muitos autores passassem a classificar a teoria de von Hippel como uma teoria mista e não objetiva.

As principais críticas à teoria objetiva são no sentido de que o uso exclusivo ou quase absoluto do elemento objetivo seria insuficiente para justificar a punibilidade da tentativa, pois segundo uma análise *ex post* objetiva nenhuma tentativa jamais alcançaria a consumação,⁴⁶ pois já falhou, assim

cuando se dice que ex post ninguna tentativa puede ser peligrosa, se trata de decir que vista desde el punto de vista del criterio de peligrosidad respecto al resultado, la tentativa nunca corresponde a una acción que pone en efectivo riesgo el bien jurídico.⁴⁷

Por consequência, argumenta-se que é indispensável um critério subjetivo que determine a intenção do agente em relação à ação delituosa. Em face disso,

⁴² FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 572-573.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 31-32.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. op. cit., loc. cit.

⁴⁵ idem.

⁴⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 158.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 159.

surgiu a corrente subjetiva, para a qual a razão de se punir a tentativa é a externalização da vontade manifestamente contrária ao direito, bastando que haja, portanto, o desejo criminoso e o início da preparação do crime para que o agente seja punido com a mesma pena do crime consumado, já que em ambas as formas de delito o aspecto subjetivo é o mesmo, admitindo-se, inclusive, a punição da tentativa inidônea.⁴⁸ Assim, fala-se que

Luden, por su parte, fue el primero en afirmar que no había razones para la distinción entre la tentativa idónea o inidónea ya que ninguna de ellas conducía al resultado. Todas las tentativas, al fin y al cabo, serían siempre inidóneas.⁴⁹

Por exemplo, o uso de um abortivo ineficaz seria considerado tentativa de aborto, da mesma forma que a conduta com a finalidade de abortar realizada em mulher que nunca esteve grávida também seria passível de punição.⁵⁰

O fator determinante para a teoria subjetiva não é o resultado produzido, nem a aptidão que a conduta tem para produzi-lo e tampouco a repercussão social que ela gera, mas sim a representação do autor diante da sua ação que corresponde a uma afronta ao direito vigente.⁵¹

Os autores adeptos da teoria subjetiva, entre eles Maximilian von Buri, entendem que em toda e qualquer tentativa de delito está ausente o resultado e, em razão disso, o elemento objetivo, que sempre está ausente, não poderia ser o fundamento da sua punibilidade, restando somente o aspecto subjetivo para tal fim.

52

Critica-se a teoria subjetiva em razão de *aunque la acción de tentativa no sea, nunca, causal para el resultado, eso no impide la distinción axiológica entre la conducta generalmente apropiada o inapropiada a su producción*. Além disso, a equiparação entre a pena da tentativa com a pena da consumação parece ser outro ponto em que essa teoria deixa de ser satisfatória.⁵³

Ainda, ter como referência para punibilidade da tentativa a vontade do autor promove uma ampliação da esfera de punibilidade, incluindo os atos preparatórios

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit. p. 465.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 170.

⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., loc. cit.

⁵¹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 15.

⁵² BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

⁵³ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 172.

no âmbito do que é punível – ainda que estejam longe da produção do resultado –, e fazendo com que a teoria adquira um sentido extremamente autoritário.⁵⁴ Assim,

la teoría subjetiva se ha fundamentado en esta función preventiva de la norma penal, que se dirige al individuo en un momento anterior a la comisión del hecho, intentando evitar su decisión de voluntad contraria a la misma.⁵⁵

Representa, pois, um grande perigo de aproximação ao direito penal do autor, que com ele traz todos os riscos de violação a garantias e direitos fundamentais do Estado Social e do Estado Democrático de Direito já conhecidos.

Por sua vez, as teorias mistas propõem unir aspectos objetivos e subjetivos para explicar a punibilidade do delito tentado. Santiago Mir Puig, por exemplo, parte de um critério objetivo, porém em conjunto com uma análise *ex ante* da ação delituosa conforme critérios subjetivos do autor para identificar a periculosidade da conduta. Segundo o autor, *en concretamente consideradas todas las circunstancias ex ante y ex post, ninguna tentativa podría producir el resultado*. Em decorrência disso, somente um perigo identificado *ex ante* conforme a perspectiva de um observador objetivo, com os conhecimentos do autor do delito, é que poderia ensejar a punição da tentativa.⁵⁶

Percebe-se, aqui, a semelhança entre a teoria de Mir Puig e a teoria desenvolvida por von Hippel, explicando o porquê de alguns autores considerarem este como adepto da teoria mista e não da teoria objetiva.

Entretanto, em desfavor das teorias mistas é alegado que a união de elementos objetivos e subjetivos não ameniza as falhas das teorias exclusivamente objetiva ou subjetiva, pelo contrário, acaba somando os problemas de ambas sem chegar a uma solução.⁵⁷

Ainda entre as teorias mistas, a teoria da impressão é, atualmente, a mais aceita, também conciliando critérios objetivos e subjetivos para fundamentar a punição da tentativa. Com efeito, parte de um aspecto subjetivo para fins de fundamentação, mas se utiliza de um critério objetivo para limitar o âmbito da punibilidade.⁵⁸

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 35.

⁵⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 23.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 179-180.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 182.

⁵⁸ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 30.

Seus defensores, entre eles Jescheck, afirmam que deve haver sua punibilidade em função da impressão que a conduta contrária ao direito provoca na comunidade.⁵⁹ Em outras palavras,

A su tenor, el verdadero fundamento de la punición de la tentativa es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero sólo se afirma el merecimiento de pena de la exteriorización de la voluntad dirigida al hecho cuando con ello pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica, y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica.⁶⁰

Assim sendo, não haveria punição da tentativa inidônea e tampouco punição da ação delituosa que se dirige à violação de uma norma jurídica inexistente, pois a ação não teria verdadeira aptidão para abalar a confiança da comunidade em relação ao ordenamento jurídico.⁶¹

Em prejuízo da teoria da impressão, alguns autores argumentam que explicar a tentativa com aspectos como o impacto que a conduta causa na comunidade ou o perigo que a ação representa para a ordem jurídica traria muita insegurança jurídica sobre os limites em que a tentativa seria ou não punível.⁶² Ferré Olivé alerta que *a impressão pode ser distinta segundo a formação intelectual, as ideias religiosas ou o círculo social ao qual pertença quem emite o juízo*.⁶³

Outrossim, também aponta-se que tal teoria acaba por legitimar uma *punição independente da tentativa*, pois o bem jurídico tutelado pela teoria da impressão que admite a punibilidade da tentativa – a credibilidade do ordenamento jurídico – não é o mesmo que o autor pretendeu atingir com a sua conduta – como a vida, a integridade física ou a honra.⁶⁴

Todos essas dificuldades encontradas pelas teorias mencionadas acima fez com que fosse reconhecida a necessidade de mudança de paradigma para o desenvolvimento de uma tese que efetivamente justificasse o motivo pelo qual se pune o delito tentado. Neste sentido, *eso impulsó el desarrollo de tesis cuyo eje ya*

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p. p. 678-679.

⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., loc. cit.

⁶¹ JAKOBS, Günther. op. cit., p. 864.

⁶² FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 32.

⁶³ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 575.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 38.

*no residía en la relación de causalidad o en la verdad empírica de la intención del agente, sino en aspectos valorativos.*⁶⁵

Em virtude disso, Paulo César Busato propõe uma fundamentação significativa da tentativa de delito, teoria esta baseada na Filosofia da Linguagem que conjuga elementos objetivos, subjetivos e sociais para *identificar la tentativa de delito como el intento comunicativamente relevante de realización de un tipo de acción doloso.*⁶⁶

Para tal, corrobora-se com o pensamento de Roxin no sentido de que é imprescindível a adoção de critérios objetivos e subjetivos (de ordem ontológica), porém desde que conjugados com um terceiro critério, isto é, o aspecto social (de ordem axiológica), abordado de forma diversa daquela interpretação já feita por Jakobs e pela teoria da impressão.⁶⁷

O aspecto objetivo faz referência ao sentido do perigo que a ação delituosa representa ao bem jurídico – justificando a inafastabilidade do castigo de certas condutas consideradas inidôneas, como a necessidade de punir o autor que ministra veneno em quantidade insuficiente para provocar a morte da vítima; o aspecto subjetivo corresponde à externalização do desejo do autor de realização do tipo penal; o aspecto social, por fim, é relativo ao descumprimento da norma analisado conforme um critério de razoabilidade, isto é, *hay que sobrepasar la idea de la norma y referirse a su sentido de relevancia social.*⁶⁸

A vantagem da adoção de três critérios para justificar o delito tentado é que isso faz com que o núcleo de imputação seja reduzido e, portanto, que a teoria respeite o princípio da intervenção mínima:⁶⁹

Si falla el proceso de comunicación, el receptor no reconocerá una completa acción comunicativa y luego, no imputará responsabilidad penal al comunicante, o porque no se le reconoce el sentido objetivo de peligro al bien jurídico, o porque no se le reconoce el sentido subjetivo de una intención de realización del tipo o, finalmente, porque no le falta sentido de relevancia social, es decir, el intento no justifica razonablemente una reacción de parte de la sociedad. Si se trata de atribuir el intento a un autor, eso no será posible si el proceso de comunicación no se completa.⁷⁰

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 456 p. p. 183.

⁶⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 336.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 317-318.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 320-321.

⁶⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 324.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 325-326.

Em outras palavras, não basta que somente os elementos objetivo e subjetivo estejam presentes, haja vista que estes são insuficientes para configuração da tentativa. A conduta deve representar, necessariamente, um risco ao bem jurídico com relevância e significado social. Caso contrário, não se pode falar em tentativa.⁷¹

Ultrapassada essa breve menção acerca das teorias mais relevantes produzidas visando a explicar e fundamentar a punibilidade da tentativa, é importante esclarecer que o Código Penal pátrio, apesar de não estabelecer um plano teórico que explicita ser adepto de uma ou outra teoria, considera a tentativa como uma causa especial de redução da pena e, em regra, impõe a diminuição de um a dois terços, em relação à pena cominada ao crime consumado.⁷²

Nestes casos, o Código não regula qual parâmetro deve ser utilizado para atribuir a diminuição da pena, entre a margem de um a dois terços. A doutrina, então, estabeleceu um critério que hoje é amplamente adotado pelos tribunais: o *quantum* deve ser fixado de modo proporcional à conduta realizada até o momento de interrupção do *iter criminis*,⁷³ evitando o completo arbítrio do magistrado no momento de fixação da pena.

Por exemplo, o autor que dispara contra a vítima e, por imperícia, fracassa em acertá-la, será agraciado com maior diminuição e, portanto, punido com pena menor do que o agente que, embora não alcance o resultado morte, atinge e fere a vítima,⁷⁴ destacando que o dolo é o mesmo nos dois casos.

No direito português, distingue-se a tentativa (tentativa inacabada) da frustração (tentativa acabada), isto é, o agente que pratica ou não todos os atos de execução, e mesmo assim não consegue atingir a consumação. Entretanto, o Código Penal português não estabeleceu qualquer distinção entre ambas, dando a elas tratamento idêntico.⁷⁵ No direito espanhol também havia essa mesma distinção, entretanto a reforma de 1944 suprimiu a diferenciação entre tentativa e frustração e, atualmente, o Código Penal considera como havendo tentativa no caso

⁷¹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 329.

⁷² Art. 14.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

⁷³ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 280.

⁷⁴ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 310.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 710.

de haver a prática de todos os atos de execução que deveriam produzir o resultado pretendido ou só de parte deles.⁷⁶

Nada obstante, tanto na tentativa como na frustração percebe-se que em momento algum o agente deixou de ter o dolo de cometer a infração penal, a qual somente não se realizou por motivos que estavam fora do controle do executor do crime.⁷⁷

Por outro lado, voltando ao direito brasileiro, que não faz distinção entre delito tentado e delito frustrado,⁷⁸ existem hipóteses excepcionais em que a tentativa recebe penalidade igual ao do crime consumado, como o art. 352 do Código Penal, no caso de evasão ou tentativa de evasão do preso, o art. 309 do Código Eleitoral, para o eleitor que vota ou tenta votar mais de uma vez, e o art. 30, parágrafo único do Código Penal Militar, quando em excepcional gravidade da conduta criminosa.⁷⁹

Optou-se, ainda, por não punir a tentativa inidônea ou crime impossível,⁸⁰ isso porque, se o meio é ineficaz ou o objeto impróprio, não há efetiva ameaça ao bem jurídico e não subsiste razão de punir o agente. Em outras palavras, se o *resultado de lesão do bem jurídico é o fundamento da punibilidade do fato, então a punibilidade da tentativa exige ação capaz de produzir o resultado típico.*⁸¹

Ante todo o exposto, conclui-se que na tentativa deve haver necessariamente a cumulação dos critérios objetivo e subjetivo, de modo que haja colocação do bem jurídico em perigo, bem como esteja presente a vontade delitiva. Na falta de algum deles, não há tentativa:⁸² ausente o critério subjetivo, após iniciada a execução do crime, trata-se de desistência voluntária ou arrependimento eficaz; ausente o critério objetivo, trata-se de crime impossível ou conduta atípica.

Por fim, corrobora-se com o pensamento de Muñoz Conde no sentido de que, seja ele qual for, o fundamento da tentativa deve ser o mesmo da punição do

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 467-468.

⁷⁷ Somente a interrupção do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente, depois que este já colocou em prática atos de execução, é que tem o condão de configurar a tentativa, eis que o dolo de infringir a norma penal não se altera em momento algum. Por esse motivo é que a tentativa não é compatível com o crime na sua forma culposa, no qual o agente não tem uma vontade criminosa dirigida a provocar o resultado típico.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 24.

⁷⁹ QUEIROZ, Paulo. op. cit., loc. cit.

⁸⁰ Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 218.

⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 462.

crime consumado, isto é, *el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneos o no) del delito tiene que ser, necesariamente, unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho penal*,⁸³ a fim de que haja um mínimo de coerência no sistema jurídico penal.

2.2. ITER CRIMINIS

Entre a cogitação e o exaurimento da conduta criminosa se sucedem uma série de atos que formam o caminho do crime ou *iter criminis*. Esses atos, se interrompidos em dado momento antes da consumação, adquirem grande relevância jurídico-penal, eis que se situam na fronteira entre a punibilidade e impunidade do crime. Isto é, nem todos os atos praticados pelo agente criminoso estão sujeitos a uma pena, pois *todo lo que no llegue a la categoría de ejecución del tipo delictivo en cuestión no podrá ser considerado como tentativa y deberá, por tanto, ser excluido del ámbito de lo punible*.⁸⁴

Ressalta-se, desde logo, que o *iter criminis* cabe exclusivamente em crimes dolosos, não havendo de se falar em caminho do crime para crimes de natureza culposa.⁸⁵

O modelo que temos hoje de separação das etapas do *iter criminis* é proveniente do Código Penal francês de 1810. Deixando de lado a investigação histórica,⁸⁶ que é demasiado longa e foge do objeto de investigação deste trabalho, destaca-se que foi o código francês que deu início à tendência dos códigos atuais de definir a tentativa como o início da execução e ausência de consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.⁸⁷ Destarte, a tentativa situa-se, em termos jurídicos, entre duas fases do caminho do crime: a execução e a consumação.

Em que pese adote a teoria subjetiva como fundamento da punibilidade da tentativa, considerando que a pena da tentativa deve ser a mesma pena do delito

⁸³ *ibidem*, p. 461.

⁸⁴ *ibidem*, p. 464.

⁸⁵ GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 270.

⁸⁶ O início da preocupação com a tentativa de delito e a divisão do caminho do crime nos remete aos primórdios do Direito Romano e Germânico.

⁸⁷ BRANDÃO, Cláudio. *op. cit.*, p. 288.

consumado, o Código Penal francês inovou ao estabelecer o momento em que tem início a tentativa, através do conceito de “atos de execução”.⁸⁸

A partir dessa definição, é incontroverso o entendimento doutrinário de que os atos de cogitação e preparação da prática delitiva não estão sujeitos à punição,⁸⁹ pois em sua maioria são atípicos e, portanto, impuníveis. Isso é o que se infere da redação do art. 31 do Código Penal brasileiro.⁹⁰

Neste sentido, Queiroz destaca que

Se o direito penal traduz a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos indivíduos, tal intervenção há de ter lugar diante de ações especialmente lesivas de bens jurídicos, isto é, ações particularmente graves. Assim, como grave, só assumem relevância jurídico-penal os crimes consumados ou tentados, visto que a só vontade de delinquir ou a mera preparação de um crime não justificam, em princípio, semelhante intervenção, razão pela qual seus autores não são puníveis.⁹¹

O autor ainda argumenta que em um Estado cuja Constituição coloca a liberdade como um dos direitos mais fundamentais do ser humano, não haveria sentido algum haver a repressão da simples vontade de cometer uma ação criminosa, nem mesmo de atos meramente preparatórios, salvo hipóteses excepcionais.⁹²

Sabe-se que é a partir do início da execução do delito que a norma penal é violada. Entretanto, somente com a consumação é que a conduta preenche todos os elementos do tipo penal e então pode-se falar que a tipicidade objetiva está completa. Entre a execução e a consumação, lapso temporal em que se encontra a tentativa, a tipicidade objetiva ainda é imperfeita, ou seja, ainda está ausente algum elemento do tipo. O delito somente estará consumado *quando se reunirem todos os elementos da descrição típica*.⁹³

No *iter criminis*, Ferré Olivé identifica duas fases distintas: a *fase interna ou de deliberação* (exclusivamente mental) e a *fase externa* (em que efetivamente há ação do agente dirigida ao seu fim criminoso):⁹⁴

⁸⁸ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 288-289.

⁸⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 798.

⁹⁰ Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

⁹¹ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 301.

⁹² idem.

⁹³ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 799.

⁹⁴ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 570.

Em dito itinerário, as circunstâncias do fato podem se desenvolver de tal maneira que sua conduta não atinja o resultado (tentativa, e daí sua referência como 'forma imperfeita de execução') ou inclusive o sujeito, com seu próprio comportamento, evite que se produza o resultado que, a princípio, pretendia alcançar (desistência).⁹⁵

Passamos, então, a analisar as etapas em que se desenvolve o caminho do crime, começando pela cogitação.

2.2.1. Cogitação

A cogitação, ou *cogitatio*, é a primeira fase do caminho do crime. Entende-se que a prática delituosa tem início na sua elaboração intelectual por parte do agente. Neste momento, todavia, a conduta permanece impunível, eis que somente o querer não basta para que haja crime,⁹⁶ até porque em um Estado de Direito não se pode impor a moralidade à força, tampouco desconsiderar o profundo abismo que separa o pensamento do fato.⁹⁷

A possibilidade de punição da cogitação (*nuda cogitatio*) nos remete ao Direito Penal nazista, onde a punibilidade da tentativa estava fundamentada na periculosidade do agente,⁹⁸⁻⁹⁹ consistindo em intensa intervenção da ordem jurídica na esfera privada do homem, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

O direito penal adota a ideologia corporal, segundo a qual *os pensamentos não podem ser castigados*, de maneira que somente *atos exteriores objetivamente perigosos para um bem jurídico* merecem uma punição.¹⁰⁰ Segundo Farré Trepas, a impunidade dos atos internos tem origem no Direito Romano no princípio do *cogitationes poena nemo patitur*, o qual pode ser considerado o princípio mais antigo

⁹⁵ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 571.

⁹⁶ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 289.

⁹⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Editorial Jurídica de Chile, 1993. 343 p. p. 221.

⁹⁸ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 289-290.

⁹⁹ Sobre a culpabilidade no Direito Penal nazista, veja-se o Capítulo I em MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 282 p.

¹⁰⁰ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., loc. cit.

que, atualmente, orienta o Direito Penal, completando quase dois milênios de aceitação praticamente absoluta.¹⁰¹

Da mesma forma, a manifestação do desejo criminoso por meio de palavras ou qualquer outra forma simbólica é atípica e também não está sujeita a uma punição. Entretanto, isso não é o mesmo que dizer que a manifestação verbal é sempre impunível, eis que *o meio de execução de certos delitos é exatamente a palavra*, como nos crimes contra a honra.¹⁰²

Nesta fase de cognição, o agente determina aspectos de sua atuação e antecipa mentalmente o resultado que pretende alcançar;¹⁰³ é o momento em que surge a intenção ou o desejo criminoso.

O agente passa para a próxima fase do caminho do crime apenas quando a decisão de cometer o delito e violar a norma penal é mais forte que as razões que poderiam levar o autor a desistir da sua ação criminosa.¹⁰⁴ Para tal,

El autor debe estar decidido al hecho, es decir, a la ejecución de la acción con sus consecuencias pretendidas, o bien sólo advertidas; un querer condicionado – así llamado de modo equívoco – no basta. Dado que el mero acariciar ideas, sin que se le añada la decisión, no produce hecho alguno, éste queda fuera de consideración en la tentativa.¹⁰⁵

Sem embargo, para o desenvolvimento do *iter criminis* que leva à tentativa só interessa a decisão criminosa que é colocada em prática,¹⁰⁶ iniciando-se, então, a preparação da conduta criminosa.

2.2.2. Preparação

Após a cogitação, o agente que segue atuando conforme o *iter criminis* passa aos atos de preparação que, como regra, são impuníveis. Em que pese a doutrina clássica alemã tenha, com certa frequência, admitido a punibilidade dos atos preparatórios, a corrente liberal que defendia a limitação do poder estatal logo fez prevalecer a impunidade da fase de preparação do delito.¹⁰⁷

¹⁰¹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 167.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 18.

¹⁰³ GRECO, Rogério. op. cit., p. 269.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 2014. 2 v. p. 461.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. op. cit., p. 869.

¹⁰⁶ idem.

¹⁰⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 463.

Jescheck explica que *las acciones preparatorias quedan por lo general impunes, porque están demasiado alejadas de la consumación como para poder conmover seriamente el sentimiento jurídico de la colectividad.*¹⁰⁸

Seguindo o mesmo raciocínio desenvolvido para a fase de cogitação do crime, fala-se que

Aun en el caso de que las acciones preparatorias comporten la expresión evidente de una voluntad de delinquir, de un autor peligroso para el Derecho, deben permanecer impunes, y la razón de esta impunidad se debe a los posibles abusos que su punición podría llevar consigo, es decir, razones de inseguridad jurídica, intolerables desde el punto de vista del Estado de Derecho.¹⁰⁹

Desta forma, somente hipóteses excepcionais levariam o legislador a, à luz de razões político-criminais específicas, castigar os atos de preparação, como nos delitos cuja alta periculosidade requerem uma intervenção prematura do Estado para que a pena atinja a sua finalidade.¹¹⁰

No direito brasileiro, os atos preparatórios estão sujeitos à punição exclusivamente quando aquela ação em si constitui crime autônomo previsto expressamente pela legislação penal, como nos arts. 288 e 291 do Código Penal¹¹¹ e também no caso do art. 25 da Lei das Contravenções Penais.¹¹² Isto porque, *nestes casos, as condutas já constituem, em si, um perigo para os bens jurídicos.*¹¹³

Desta feita, a preparação, ou *conatus remotus*,¹¹⁴ é o primeiro momento em que há externalização da vontade do(s) agente(s), havendo a seleção dos meios a serem empregados para obtenção do resultado almejado, inclusive a aquisição de instrumentos que possibilitem a ação delituosa.

¹⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 474.

¹⁰⁹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 169.

¹¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., loc. cit.

¹¹¹ Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

¹¹² Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima.

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 20.

¹¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 289.

2.2.3. Execução

A terceira fase do *iter criminis* é a execução, ou *conatus proximus*.¹¹⁵ A partir desta etapa, o agente está sujeito a receber uma repressão penal, com a pena prevista na Parte Especial do Código Penal, no caso de obter êxito na consumação do delito, ou com direito à diminuição prevista na hipótese de tentativa.

Sobrevindo os atos de execução, a ação criminosa pode tomar dois rumos: (i) a efetiva consumação do delito pretendido pelo autor ou; (ii) a ausência de consumação da infração penal, em razão de circunstâncias alheias à vontade do sujeito, configurando-se, então, a tentativa.¹¹⁶

Deve haver muita cautela ao conceituar os atos de execução – é exatamente neste ponto que se encontra a problemática que será discutida no presente estudo. Há grande polêmica em meio doutrinário acerca do momento em que se inicia a execução de um crime e diversas teorias foram elaboradas com o fim de apresentar um critério que delimitasse o instante em que o autor do crime ultrapassa a fronteira entre os atos preparatórios e os atos de execução.

Para que esteja configurada a tentativa de delito é necessário que, não somente a consumação do crime seja evitada por fatores alheios à vontade do agente,¹¹⁷ mas também que já tenham sido colocados em prática os atos de execução do crime.

No entanto, essa definição não é suficiente para que a tentativa tenha tratamento uniforme pela doutrina e jurisprudência. De modo geral, fala-se que uma vez ultrapassada a barreira dos atos preparatórios, ou seja, iniciada a execução do crime sem que tenha havido a produção do resultado, é que podemos falar em tentativa, e, então, a conduta será punida conforme as regras pertinentes ao delito tentado.

Sobre a temática, Zaffaroni explica que a punição da tentativa e dos atos de execução remete à ideia de que a tentativa

¹¹⁵ *idem*.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. op. cit., loc. cit.

¹¹⁷ Sabe-se que se o agente que iniciou a execução do delito, por vontade própria, evita a sua consumação ou evita que o resultado seja atingido, estamos diante de outros institutos penais, diferentes da tentativa, como a desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15 do Código Penal). A ausência do elemento subjetivo da tentativa, isto é, a ausência do dolo até o fim da execução e consumação do delito, exclui a configuração da tentativa, bem como a tipicidade da conduta, caso o crime não exista na forma culposa. BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 293 e 297.

surge sempre em um Direito Penal que alcança um certo grau de evolução. Enquanto o Direito Penal constitui um mero castigo, como decorrência da produção de resultados, a tentativa se mantém limitada e vai sendo ampliada quando o ponto de incidência da imputação vai se despregando da primitiva causação do resultado para ligar-se ao conceito mais evoluído da manifestação da vontade criminosa. Tudo isso é uma questão de grau, posto que jamais existiu um Direito Penal que rechaçasse de plano tudo o que concerne à manifestação da vontade, reduzindo-se à mera punição do resultado.¹¹⁸

Conclui-se, então, que a tentativa exige duas condições: o início da execução do delito e a interrupção do caminho do crime, na fase de execução, por *fato independente da vontade do autor*, como a resistência da vítima, intervenção de terceiro, ou qualquer fator externo à atuação do agente.¹¹⁹ Afirma-se novamente que isso implica em o tipo objetivo restar incompleto, desde que o tipo subjetivo esteja completo:

Não há tentativa, portanto, embora iniciada a execução do crime, quando o agente, depois de dar o primeiro disparo, desiste de prosseguir ou, mesmo após realizar todos os disparos, arrepende-se e presta socorro à vítima, evitando-lhe a morte (ausência do dolo de consumir). É que a tentativa, à semelhança da consumação, exige o tipo subjetivo (dolo) completo.¹²⁰

Pois bem, é a barreira entre atos preparatórios e atos de execução que é envolta de relevante importância jurídico-penal, visto que, conforme a teoria adotada, determinada ação pode estar sujeita ou não à repressão penal. Devido à importância do tema, ele será melhor explorado no próximo capítulo. Por ora, seguimos com o *iter criminis*.

2.2.4. Consumação

A consumação ou, em latim, *consumatio*, é a reunião de todos os elementos abstratos previstos na norma penal. Os tipos legais oferecem a descrição do crime na sua forma consumada, que se perfaz quando há a união de todos seus elementos na conduta do agente,¹²¹ nos termos do art. 14, inciso I do Código Penal.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 20-21.

¹¹⁹ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 304-305.

¹²⁰ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 305.

¹²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 211.

¹²² Deste modo, ela é verificada, no caso concreto, quando há absoluta e idêntica subsunção dos fatos à descrição abstrata trazida pelo legislador no dispositivo legal.

A consumação adquire relevância na temática da tentativa pois ela marca o fim do delito tentado. Entretanto, ela não necessariamente acontece no mesmo instante em que o agente termina de colocar em prática os atos de execução conforme o seu plano delitivo, pois a consumação pode vir em momento posterior.

Convém esclarecer que toda conduta criminosa é valorada conforme um desvalor de ação, que tem início com a execução do crime, e um desvalor de resultado, que é atingido com a consumação. O resultado, por sua vez, pode ser de cunho natural (crimes materiais, crimes formais ou de consumação antecipada e crimes de mera conduta) ou de cunho jurídico (crimes de dano ou lesão e crimes de perigo concreto ou abstrato). ¹²⁴

Nos crimes materiais, que exigem um resultado, a consumação será concretizada com a realização da conduta e do resultado. É o exemplo do crime de homicídio do art. 121 do Código Penal. Os crimes formais também exigem a configuração do resultado para que estejam consumados, por exemplo, no crime de injúria do art. 140 do Código Penal, o crime estará consumado somente se a vítima se ofender com o que foi dito contra ela.

Por outro lado, os crimes que não exigem resultado, quais sejam os crimes de mera conduta, estarão consumados a partir do momento em que haja realização do verbo descrito na norma. ¹²⁵ Por exemplo:

Nos crimes de mera conduta ou de simples atividade, em que o tipo penal não alude a nenhum resultado (crimes sem resultado), a consumação se dá com a realização da conduta incriminada, tal como ocorre com a violação de domicílio (CP, art. 150). ¹²⁶

Desta forma, nos crimes que não exigem a produção do resultado o legislador optou por adiantar a consumação para um momento anterior ao da efetiva obtenção de qualquer tipo de repercussão que a conduta do agente pudesse gerar.

¹²² Art. 14. Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.

¹²³ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 807.

¹²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p. p. 316-318.

¹²⁵ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 292-293.

¹²⁶ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 303.

¹²⁷ Em decorrência disto, os crimes materiais e formais admitem tentativa, enquanto que os crimes de mera conduta não.

Por fim, quanto aos crimes cujo resultado é de ordem jurídica, ressalta-se que os delitos de perigo abstrato, como o porte ilegal de armas ou o tráfico ilícito de entorpecentes, não admitem a tentativa, por esta ser incompatível com a sua natureza jurídica. Portanto, o agente que age no sentido de violar um tipo penal de perigo abstrato pode seguir dois caminhos: ou consuma o delito, ou sua conduta é atípica, estando excluída a configuração de tentativa em ambos os casos.

2.2.5. Exaurimento

A última fase do *iter criminis* nem sempre faz parte do caminho do crime das ações delituosas. Isso porque o exaurimento é uma etapa posterior à consumação da infração penal, que acontece no caso dos crimes que não exigem o resultado para consumação, de modo que, se este for atingido, será o crime considerado exaurido e esgotado, como no crime de extorsão mediante sequestro do art. 159 do Código Penal. ¹²⁸ Galvão explica que:

A conduta proibida é sequestrar pessoa com o fim de obter vantagem. A obtenção da vantagem, que significa o empobrecimento de quem perde o objeto da vantagem e o enriquecimento de quem o obtém, não é necessária para a consumação do crime. Este já se vê consumado com a realização plena da conduta de sequestrar. Se ocorrer a obtenção do valor exigido como preço para o resgate, o crime estará exaurido. ¹²⁹

Por isso, fala-se que com o exaurimento o autor consegue satisfazer a intenção que perseguia com a sua conduta típica; ¹³⁰ ele representa a vantagem do crime e requer a *ocorrência de desdobramentos naturalísticos da conduta que não são necessários para a consumação do crime*. ¹³¹ Assim, por exemplo:

a concussão e a corrupção passiva (CP, arts. 316 e 317) consumam-se com o só ato de *exigir* ou *solicitar* vantagem indevida, razão pela qual a eventual obtenção dessa vantagem constituirá mero exaurimento de crimes já consumados. ¹³²

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 458.

¹²⁸ GRECO, Rogério. op. cit., p. 270.

¹²⁹ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 808.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 459.

¹³¹ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 799.

¹³² QUEIROZ, Paulo. op. cit., loc. cit.

Sobre o tema, Queiroz explica que nem sempre a consumação formal do tipo, isto é, a reunião de todos os elementos previstos na norma, coincide com o exaurimento do delito. Desta forma, o exaurimento pressupõe a consumação do tipo penal e, em regra, é *penalmente irrelevante*, salvo quando *configura delito autônomo*, como a causa de aumento de pena prevista no §1º do art. 317, no caso de funcionário público que retarda ou deixa de praticar ato funcional.¹³³

O exaurimento, quando alcançado em momento posterior ao da consumação, atinge relevância no que diz respeito à participação, que torna típica a conduta do sujeito que intervém mesmo após a consumação; à prescrição, cujo prazo se inicia a partir do exaurimento; e às circunstâncias agravantes, que se realizadas até o exaurimento podem ser utilizadas em desfavor do agente no momento de dosimetria da pena.¹³⁴

2.3. FRONTEIRAS DA TENTATIVA: ATOS PREPARATÓRIOS E CONSUMAÇÃO

Conforme a sequência fática do *iter criminis*, a tentativa exige o início da execução do delito e a ausência de obtenção do resultado, lembrando que a falta de qualquer dos elementos do tipo acarreta na atipicidade da conduta.

A forma tentada do delito conta com duas fronteiras, no seu início e no seu fim. A fronteira que marca o começo da tentativa diz respeito ao limite entre os atos preparatórios e os atos de execução, que é o marco inicial da tentativa – é essa fronteira que nos interessa. A fronteira final é a consumação, quando verifica-se a reunião de todos os elementos do tipo na ação concreta realizada pelo agente.

Neste sentido, Zaffaroni ensina que é

claramente determinável o limite que a separa da consumação, mas sumamente problemática a sua delimitação em relação aos atos preparatórios. (...) A fórmula quase universalmente aceita do *começo de execução* diz bem pouco, não deixando de ser uma convenção ou lugar-comum, ficando esse difícil problema destinado à doutrina e à jurisprudência.¹³⁵

¹³³ ibidem, p. 303-304.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 29.

¹³⁵ ibidem, p. 23.

O momento em que cessam os atos de execução e tem início a consumação da infração penal não é fonte de divergência em meio doutrinário, visto que basta a verificação do preenchimento dos elementos elencados por cada tipo penal da Parte Especial do Código Penal.

Na consumação, conforme já havia sido mencionado no início deste trabalho, fala-se que os elementos subjetivos e objetivos do tipo encontram-se completos, sendo de fácil identificação quando a hipótese é de crime consumado. Por outro lado, na tentativa falta o elemento objetivo, haja vista a ausência de resultado, ainda que o elemento subjetivo esteja completo. Por isso, o *crime doloso consumado é congruente* (há a coerência entre os aspectos objetivo e subjetivo) e o crime tentado é incongruente, eis que *o lado subjetivo é maior do que o lado objetivo*:¹³⁶

O autor do delito tentado inclui em sua vontade o resultado, logo, a conduta que realiza tem o objetivo de alcançar certo resultado, que por razões alheias à sua vontade, não ocorre. O elemento objetivo do injusto não se completa.¹³⁷

É em decorrência disso que o agente que tem o dolo de matar e, contra a sua vontade, somente causa uma lesão corporal na vítima, deve responder por tentativa de homicídio e não pelo crime de lesão corporal consumada. O aspecto íntimo do autor deve ser investigado, para saber exatamente qual era seu dolo e por qual tipo penal deve responder, na sua forma consumada ou tentada. Ou, ainda, se o agente deve sequer receber uma punição.

Sobre a imprescindibilidade de conhecimento do lado subjetivo da conduta, Farré Trepát explica que

En relación a la tentativa se observó que la voluntad de cometer el delito constituye en ella un elemento subjetivo de injusto, ya que, debido a la falta de resultado que la caracteriza, de la observación objetiva del suceso no puede concluirse en muchas ocasiones la tipicidad de la acción. Por ejemplo, de la observación de la acción de A, de apuntar una pistola cargada en dirección a B, no puede determinarse si nos encontramos frente a una amenaza, una tentativa de homicidio o de lesiones. Para poder determinarlo sería necesario saber cuál es la intención de A.¹³⁸

¹³⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 672.

¹³⁷ ibidem, p. 671.

¹³⁸ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 10.

Quanto ao limite inicial do delito tentado, tema central deste estudo, é imprescindível destacar que, por representar a barreira entre a impunidade e a punibilidade é que a árdua diferenciação entre os atos preparatórios e atos de execução assume tamanha importância no direito penal.¹³⁹

¹³⁹ BUSATO, Paulo César. *op. cit.*, p. 660.

3. TEORIAS QUE SEPARAM OS ATOS PREPARATÓRIOS DOS ATOS DE EXECUÇÃO

Até o momento, já foram ressaltadas diversas vezes qual é a função desta classificação e o porquê de sua importância para a ciência criminal. Mais uma vez, destaca-se que os atos preparatórios não estão sujeitos a uma punição, diferente dos atos de execução, que são puníveis.

A doutrina acaba por assumir missão ainda mais significativa em torno desta discussão, visto que o Código Penal brasileiro, apesar de falar em tentativa quando “iniciada a execução”,¹⁴⁰ deixou de estabelecer critério que definisse qual é o momento inicial da execução do delito, ou seja, não concebeu uma fronteira entre os atos preparatórios e os atos de execução. A doutrina, então, ficou encarregada de estabelecer essa divisão. Entretanto, a *multiplicidade de critérios* defendidos por uma ou outra parte da doutrina *fragiliza a garantia constitucional da reserva legal*.¹⁴¹

De acordo com Galvão, a intervenção repressiva do direito penal é legítima somente a partir do momento em que o agente coloca em ação condutas que são tidas como proibidas pelo ordenamento jurídico.¹⁴² Via de regra, a conduta se torna criminosa a partir do momento em que o agente finaliza os atos de preparação e dá início aos atos de execução. De forma geral, a doutrina define os atos preparatórios como distantes e os atos de execução como próximos da consumação do delito.¹⁴³

Farré Trepát explica que, no direito espanhol, buscar o acontecimento que marca o começo da tentativa equivale a buscar o momento em que se dá início à fase de execução do delito, pois o Código Penal espanhol adota a fórmula do “*dar principio a la ejecución*” como critério de começo da tentativa.¹⁴⁴ Como já é sabido, o mesmo acontece no direito brasileiro.

A autora adverte que a correspondência entre o momento de início de execução do delito e o momento de começo da tentativa acarreta, desde logo, algumas consequências. Primeiramente, exclui do âmbito da tentativa a fase de deliberação interna do agente, considerando somente os atos externos como passíveis de uma punição. Mais além, conclui-se também que nem todos os atos

¹⁴⁰ Regra do supramencionado art. 14, inciso II do Código Penal.

¹⁴¹ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 803-804.

¹⁴² idem.

¹⁴³ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 290.

¹⁴⁴ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 165.

externos são compatíveis com a tentativa, mas apenas aqueles atos que dizem respeito à efetiva execução do delito – havendo uma diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução.¹⁴⁵

De todo modo, que a tentativa é concebida a partir da execução do delito que foi interrompida por circunstâncias alheias à vontade do autor já está bastante claro, mas somente essa definição é insuficiente. A questão central é como fixar o momento de transição entre a preparação e a execução do crime.

Diversas teorias foram criadas para esse fim, desde aquelas que acreditam ser impossível a criação de uma regra geral que determine tal divisão, até aquelas que não somente defendem ser possível como estabelecem critérios extremamente formais e pontuais para tal.¹⁴⁶ Contudo, para não criar expectativa por parte do leitor, desde logo afirma-se que tal questão ainda não foi resolvida. Não é por outro motivo que é um dos temas mais debatidos dentro da Teoria do Delito.

Galvão, ao questionar quando começa a execução de um crime, afirma que

A resposta a esta pergunta resulta fundamentalmente de atividade interpretativa. Nesse sentido, é necessário enfrentar o problema da definição do momento fático que caracteriza a tipicidade da tentativa e autoriza a intervenção repressiva estatal, sob a ótica de um Estado garantista e que considere as peculiaridades individuais e suas relações com as expectativas sociais.¹⁴⁷

Deste modo, o autor entende que a adoção de uma ou outra teoria é uma escolha eminentemente de cunho político. Conforme a teoria adotada é evidente que a barreira entre preparação e execução – portanto a barreira entre impunidade e punibilidade – é fixada mais perto ou mais longe da consumação:

O objetivo de oferecer maior proteção ao acusado é satisfeito com a vinculação da tentativa aos estreitos limites da descrição típica, em respeito absoluto ao princípio da reserva legal. Já o interesse de aumentar a proteção ao bem jurídico indica a necessidade de interpretar o sentido do comportamento humano. A adequação típica é produto de atividade axiológica que interpreta a realidade, conforme a necessidade da intervenção repressiva.¹⁴⁸

Sobre a temática, Queiroz destaca que independente da teoria adotada para o fim de demarcar o início da tentativa, o importante é que ela esteja em

¹⁴⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 166-168.

¹⁴⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 661.

¹⁴⁷ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 804.

¹⁴⁸ ibidem, p. 806.

conformidade com o princípio da legalidade.¹⁴⁹ Em contrapartida, qualquer que seja a teoria empregada, ela deve também ser compatível com o princípio da culpabilidade, cuja observância é fundamental no momento de intervenção penal, até porque assume a função de limitar a prerrogativa de punição do Estado e é fonte de diversas garantias penais.¹⁵⁰ Assim,

convém referir que a culpabilidade, como os aspectos objetivos do delito, demanda demonstração. Quer dizer, ao consagrar-se o princípio da culpabilidade, automaticamente ampliaram-se os deveres do Estado para fazer valer o exercício punitivo. (...) portanto, se a demonstração competia ao acusador, deveria-se partir de presumir – até demonstração em contrário – que o sujeito era inocente.¹⁵¹

Neste sentido, a falta de um critério estabelecido em lei, que atenuaria a problemática do início da tentativa, ou de um entendimento doutrinário e jurisprudencial unânime, conduz à primazia do preceito *in dubio pro reo*, na hipótese de haver dúvida no caso concreto de se a conduta delituosa já atravessou a fronteira entre atos preparatórios e atos de execução ou não.¹⁵² Deste modo, deve presumir-se a inocência do sujeito caso não haja suficiente convicção de que, com os atos praticados até o momento em que foi interrompido, ele tenha dado início aos atos executórios.

Muñoz Conde parece chegar ao cerne da questão:

es difícil resolver *a priori* un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis jurisprudencial que, en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.), tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios, para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (como acechar a la víctima, esperar a que aparezca para disparar contra ella, etc.). Esa misma indeterminación es también peligrosa fuente de inseguridad jurídica. Por eso, sólo una teoría que respete el sentido literal de la acción típica respeta el principio de legalidad.¹⁵³

Em face da necessidade de haver observância ao princípio da legalidade para que haja sequer a possibilidade de punição do delito tentado, o autor explica que o conceito de execução, assim como o de consumação, é de natureza formal,

¹⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 307.

¹⁵⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 326 p. p. 181.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 206.

¹⁵² QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 309.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 465.

isto é, somente a ação que fizer referência à execução do tipo penal descrito na norma jurídica é que pode ser considerada tentativa. Entretanto, a definição de aspectos específicos de cada tipo, como “matar” ou “subtrair coisa alheia móvel”, faz com que uma tese exclusivamente formal seja insuficiente para distinguir a preparação da execução, surgindo, então, as teorias que propõem uma complementação com critérios objetivos ou subjetivos. Tais teorias tentam responder a perguntas que surgem diante de casos concretos, como *¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar?*.¹⁵⁴

Na visão de Zaffaroni,

os atos de tentativa só podem ser aqueles que se mostram como ameaçadores, como capazes de infundir temor e de perturbar, por consequência, a relação de disponibilidade do ente que o Direito considera que o homem necessita para a sua autorrealização.¹⁵⁵⁻¹⁵⁶

Levando isto em consideração, o autor explica que as teorias acabam por variar – e muito – conforme o *grau de objetivação* que a conduta do agente deve atingir no mundo exterior para que ela adentre ao campo da punibilidade.¹⁵⁷ O centro do problema se encontra no fato de que as diversas teorias interpretam de forma diferente o que seriam esses atos capazes de “infundir temor”.

Veremos, em seguida, que as teorias acabam oscilando entre as que exigem um mínimo de objetivação, ou seja, basta que haja a exteriorização da vontade do agente que demonstre a sua intenção criminosa, até aquelas teorias que aguardam o início da colocação em prática do verbo descrito na norma penal, esperando até o último momento antes da consumação para que esteja configurada a tentativa.

É evidente que essas teorias não somente demarcam o início da tentativa como também fixam o momento a partir do qual a atuação repressiva do Estado

¹⁵⁴ ibidem, p. 464.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 58.

¹⁵⁶ Esse comentário feito por Zaffaroni faz referência direta à teoria da impressão, ou seja, percebe-se que o autor vincula a distinção entre atos preparatórios e atos de execução a uma das teorias que expõem a razão pela qual se pune o delito em sua forma tentada. Neste caso, os atos de execução seriam aqueles que perturbam a sociedade e o fundamento da punibilidade da tentativa consistiria na repercussão negativa que essa ação gera em meio social, nos termos da teoria da impressão.

¹⁵⁷ ibidem, p. 50.

perante o agente está autorizada. Trata-se da, já mencionada diversas vezes, separação entre a punibilidade e impunidade do crime.

De todo modo, essas são apenas algumas questões iniciais que já demonstram que o tema a ser debatido não é de fácil solução. Coloca-se um ponto em comum entre as teorias, com exceção da teoria negativa, que partem da separação entre as ações preparatórias e as ações executivas para distinguir o momento a partir do qual a conduta passa a estar sujeita a uma punição e, se não consumada, estar caracterizada a tentativa. Apesar deste elemento em comum, permanece a discussão sobre qual o critério a ser utilizado para promover essa separação.¹⁵⁸

3.1. TEORIA NEGATIVA

A teoria negativa foge da regra, visto que, ao contrário das diversas teorias que se dedicam à criação de critérios de separação entre preparação e execução do delito, esta defende a impossibilidade de tal diferenciação segundo uma regra geral, devendo ficar o magistrado incumbido com a tarefa de fazer tal distinção. Essa teoria está vinculada ao positivismo científico e defende que a principal questão é não deixar que o autor saia impune com a sua conduta.¹⁵⁹

É certo que, apesar da evolução observada nas teorias – no sentido da produção científica cada vez maior no esforço de resolver esse impasse – até então nenhuma delas mostrou refutar todas as críticas provenientes de concepções contrárias, e ainda estamos muito longe de chegar perto de uma unanimidade em relação ao tema. Assim, há quem entenda que

Se todas as fórmulas referenciadas apresentam sem dúvida interesse e valor para a distinção, será em definitivo infundado pensar que com elas ou através das suas inúmeras combinações possíveis se conseguirá traçar, em termos absolutamente precisos e definitiva, a fronteira que separa actos preparatórios de actos de execução.¹⁶⁰

Em outras palavras, as inúmeras teorias e os incontáveis critérios concebidos com a finalidade de colocar um fim a essa discussão e apresentar um critério sólido e firme de separação entre preparação e execução do delito – dentre

¹⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. 104 p. p. 79.

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p. p. 661.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 701-702.

os quais todos parecem ter, até o momento, fracassado – levou muitos autores a entender pela impossibilidade e inutilidade de dedicar tempo e esforço para resolver a questão.

Muito embora seja compreensível o ceticismo da teoria negativa, a ausência de uma tese que explique a diferença entre preparação e execução amplifica ainda mais o problema já mencionado da segurança jurídica, pois *deixar completamente em aberto a questão, legando a solução do caso ao (nem sempre) prudente arbítrio do juiz, parece temerário*.¹⁶¹

No direito brasileiro, a redação do art. 14, inciso II do Código Penal suplica por uma definição de qual seria o início da tentativa, de modo que apenas ignorá-la seria contrariar disposição legal. Se adotada pela ordem jurídica pátria, muitos poderiam pensar que a teoria negativa levaria à inexistência do delito na sua forma tentada. Porém, segundo Zaffaroni *a consequência mais imediata desta teoria negativista é a inaceitável extensão da punibilidade a qualquer ato preparatório*, acabando por ter os mesmos efeitos da teoria subjetiva pura.¹⁶²

Esse conjunto de teorias chamadas de negativas possuem em comum tão somente o fato de considerarem não haver solução para o problema da separação entre atos preparatórios e atos de execução. No entanto, desistir da busca de uma resposta para tal problema parece ser uma forma de ignorar a urgente necessidade que se tem de debater o tema. Que a matéria é delicada, não há dúvidas, mas abandonar a causa está longe de ser a melhor forma de se posicionar em relação às incertezas que o assunto traz.

Como já havia sido dito, tal teoria é a exceção. Todas as demais sustentam a possibilidade da divisão entre atos preparatórios e atos de execução e, cada qual, admite um critério que promova essa divisão.

3.2. TEORIA SUBJETIVA PURA

Os adeptos da teoria subjetiva pura reconhecem que a tentativa pode ser identificada a partir do instante em que o agente manifesta a sua intenção de praticar uma conduta contrária ao direito.¹⁶³ Deste modo, bastaria a exteriorização

¹⁶¹ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 51.

¹⁶³ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

da vontade do autor (dolo) para que estivesse configurada a tentativa e, assim, não haveria distinção entre atos preparatórios e atos de execução,¹⁶⁴ pois desde a preparação do delito já há exteriorização do ânimo criminoso do autor. Por exemplo:

praticaria um homicídio tentado aquele que, depois de ter sido agredido por outrem, fosse rapidamente até a sua casa buscar uma arma para, logo em seguida, colocar-se à espera de seu agressor, no caminho em que este habitualmente passava, mas que, por desconfiar da vingança do agente, tomara rumo diverso.¹⁶⁵

Para a teoria subjetiva, esses atos seriam suficientes para demonstrar de forma inequívoca a *intenção criminosa do agente*, de modo que este, não atingindo a consumação, deve responder pelo crime na sua forma tentada.¹⁶⁶

Verifica-se, então, que esta teoria considera mais importante o desvalor da ação que o desvalor do resultado. Via de consequência, acarreta uma ampliação do âmbito de punição, havendo a equiparação entre atos preparatórios e atos de execução, muito embora parta dessa distinção para formular sua teoria, permitindo a punibilidade da tentativa absolutamente inidônea, pois nela já houve a manifestação do autor no sentido de contrariar uma norma vigente, e a equiparação entre as penas do delito tentado e consumado, eis que o aspecto subjetivo em ambos é o mesmo.¹⁶⁷

Esta teoria de delimitação do início da tentativa, a qual possui a mais antiga tradição em meio doutrinário, tampouco deixa de exigir uma objetivização por parte do autor do crime, representada pela exteriorização de atos de vontade de cometer o delito, pois, embora seja a teoria que exige o menor grau de objetivização, não renunciou ao princípio do *cogitationis poena nemo patitur*.¹⁶⁸

O problema da teoria subjetiva é que a vontade criminosa está em todas as etapas do *iter criminis*, desde a cogitação até o exaurimento do delito, e é totalmente inconcebível a punição de *meros planejamentos delitivos*, sendo estes atos preparatórios ou não. Desta forma, chega-se a conclusão de que a vontade do agente, por estar sempre presente na sua conduta criminosa, não pode ser o fator determinante para separação entre preparação e execução do crime.¹⁶⁹ Neste

¹⁶⁴ GRECO, Rogério. op. cit., p. 272.

¹⁶⁵ GRECO, Rogério. op. cit., p. 272-273.

¹⁶⁶ GRECO, Rogério. op. cit., p. 273.

¹⁶⁷ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 307.

¹⁶⁸ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 174.

¹⁶⁹ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 662.

sentido, a manifestação do anseio criminoso pode ser externada em uma ação muito distante da consumação, ampliando excessivamente o âmbito de punição do delito tentado e extinguindo a separação entre atos preparatórios e atos de execução do crime, pois é evidente que a vontade do agente já está manifestada desde o momento em que começa a preparar sua ação criminosa.¹⁷⁰

Além disso, uma teoria baseada tão somente no aspecto subjetivo ignora por completo o valor social referente ao impacto produzido pela conduta, bem como aproxima-se perigosamente do direito penal do autor. Por todos esses motivos, ela foi progressivamente sendo abandonada e, na atualidade, esta teoria é considerada superada.¹⁷¹

Esta tese peca por reputar a consciência do autor do crime como o fator determinante para estabelecer a sua punibilidade, quando na verdade é essencial e imprescindível que esta seja definida por um observador externo.¹⁷² Um limite que poderia ser imposto a esta perspectiva é levar em conta a *inequívocidade* dos atos de execução, isto é, os atos de preparação não revelariam, necessariamente, o propósito criminoso do autor, enquanto que os atos de tentativa evidenciariam o fim de cometimento do crime, segundo a perspectiva de um terceiro observador.¹⁷³ Muito embora pareça uma alternativa aceitável, a *inequívocidade* dos atos de tentativa não mantém relação, necessariamente, com a colocação do bem jurídico em perigo.

A teoria subjetiva foi estruturada por Giovanni Carmignani e introduzida no Código italiano de 1930, ainda vigente. De maneira oposta, no Código Penal brasileiro jamais seria admissível que o início da tentativa fosse pautado em uma dimensão que deixasse qualquer tipo de suspeita no sentido de o autor não estar agindo para violar uma norma jurídica,¹⁷⁴ por diversas razões.

Primeiramente, porque a legislação penal prevê expressamente que a tentativa tem início com a prática dos atos de execução do delito, ou seja, a mera exteriorização da vontade delitiva do agente, através de atos de preparação, que poderiam facilmente ser confundidos com atos da vida cotidiana, não é suficiente para que haja configuração da tentativa.

¹⁷⁰ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 175.

¹⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 579.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 51-52.

¹⁷³ ibidem, p. 52.

¹⁷⁴ idem.

Em segundo lugar, a grande missão do direito penal brasileiro é a garantia e proteção de bens jurídicos. Segundo Zaffaroni, *nosso código funda a punibilidade da tentativa na impressão que produz no Direito, por ser ameaçadora para o bem jurídico, o que já representa uma forma de ofendê-lo*.¹⁷⁵ Assim, o Estado não tem legitimidade para intervir até que esteja comprovado ou existam meios aptos a comprovar que o autor efetivamente agiu ou está agindo no sentido de violar uma norma legal vigente descrita pelo tipo penal, colocando um bem jurídico em situação de perigo. O Estado Democrático de Direito, pois, não é compatível com uma atuação antecipada e preventiva da repressão penal, devendo respeitar o princípio da intervenção mínima:

a intervenção do Direito penal na vida social é sempre violenta e carregada de efeitos indesejáveis, de onde vem seu caráter fragmentário. O Direito penal deve intervir somente quando a convivência se torna insuportável sem que ele o faça. E isso ocorre quando o cidadão vê os bens jurídicos essenciais para sua sobrevivência e desenvolvimento pessoal serem atacados por alguém.¹⁷⁶

Deste modo, brevemente justifica-se a razão pela qual a teoria subjetiva não tem espaço nem força dentro do direito penal pátrio – razões pelas quais também a teoria subjetiva foi completamente abandonada em meio doutrinário.

Por seu turno, Figueiredo Dias destaca a importância que o aspecto subjetivo assume para a tentativa de delito inclusive para a delimitação do seu início, mas dá para ela função diferente:

relativamente a muitos actos concretos, só poderá determinar-se a sua *referência típica* (que sempre deve ser exigida, como vimos, pelas teorias objectivas) por apelo ao plano concreto de realização do agente. Aqui reside, efectivamente, o significado que um momento subjectivo – o plano de realização do agente – assume para as teorias objectivas.¹⁷⁷

Conforme já havia sido mencionado anteriormente, apenas o plano do autor pode indicar qual o crime que ele pretende cometer e, a depender do tipo penal, os mesmos atos podem ser preparatórios ou executórios. Por exemplo:

¹⁷⁵ ibidem, p. 44.

¹⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 326 p. p. 39.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 700-701.

Se C, que tenciona envenenar o marido, D, confecciona um bolo ao qual adiciona uma substância venenosa, o acto será de execução se ela espera que o marido se servirá ele mesmo; mas constitui simples acto preparatório se guarda o bolo para à sobremesa da refeição seguinte o servir ao marido. Se este, chegando a casa, descobre por si mesmo o bolo e se serve, o facto só poderá ser imputado à mulher a título de negligência. Isto revela como, em definitivo, o recurso ao plano concreto de realização do agente constitui afinal um momento relevante para a distinção.¹⁷⁸

Por outro lado, diferente da teoria subjetiva extrema, também desenvolveu-se a teoria subjetiva que Farré Trepát chama de “teoría del *dolus-ex-re*”. A autora comenta que esta teoria, para fins de fixação do momento inicial da tentativa, exige mais que a simples exteriorização da vontade do agente, sendo necessário também a identificação de qual delito ele planeja cometer, a partir dos atos que já foram realizados.¹⁷⁹ Assim,

Existe tentativa cuando de los hechos probados se puede extraer la conclusión de que se quería cometer un determinado delito, y si de los hechos probados no se puede extraer esta conclusión, entonces la acción permanece impune.¹⁸⁰

Tal teoria foi muito criticada porque não raramente a identificação de qual norma penal o autor do crime pretende infringir não pode ser identificada até um momento muito próximo da consumação do delito. Por exemplo, se A amarra B em uma árvore com a intenção de matá-lo, não é possível dizer seguramente que esta ação é realizada com o fim de matar, pois seria admissível também a interpretação de que o autor pretende cometer um crime de roubo ou de privação de liberdade. Entretanto, ao mesmo tempo, a ação que permite identificar qual crime o autor pretende cometer pode se dar em um momento muito anterior à conduta típica, permitindo o castigo de ações bastante distantes da consumação. Isso aconteceria, por exemplo, se a mulher, que compra um veneno na farmácia para matar seu marido, expressa sua intenção criminosa para o farmacêutico em quem confia. Deste modo, também nesta teoria desaparece a distinção entre atos preparatórios e atos de execução, utilizando-se de critério distinto que indique o início do delito tentado, qual seja, a identificação da conduta criminosa que o autor pretende praticar.¹⁸¹

¹⁷⁸ ibidem, p. 701.

¹⁷⁹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 176.

¹⁸⁰ idem.

¹⁸¹ ibidem, p. 177.

Isto posto, reafirma-se a insuficiência da adoção apenas de um critério subjetivo para isolar os atos preparatórios dos atos de execução, mas ressalta-se a inegável importância deste elemento para a problemática estudada.

Segundo Farré Trepas, o grande mérito da teoria subjetiva é o reconhecimento da importância que o plano do autor tem em relação à fixação do momento inicial do delito tentado.¹⁸²

Adiantamos ao leitor que, não somente a análise da razão pela qual se pune a tentativa, como também a fixação do momento inicial de sua punibilidade, devem ser feitas sempre com base em critérios objetivos e subjetivos. De tal modo, rejeita-se, desde já, as teorias que eliminam completamente a face subjetiva da tentativa e adotam apenas critérios objetivos.

3.3. TEORIAS OBJETIVAS

As teorias objetivas inovam no sentido de atenuar, absoluta ou preponderantemente, a dimensão subjetiva e eleger um critério essencialmente objetivo para distinguir os atos preparatórios dos atos de execução do delito. Conforme será abordado com mais profundidade nos itens seguintes, é exatamente este aspecto que confere maior segurança jurídica às teorias objetivas – o que representa possivelmente sua maior vantagem em face das teorias subjetivas. Elas partem da ideia de que

se o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas identificadas por um terceiro observador no sentido da pretensão criminosa.¹⁸³

Uma vez sendo verificada a prática desse fator externo pelo agente é que tem início a execução do delito. É neste ponto que as teorias objetivas variam entre si: no reconhecimento de qual seria esse indicativo objetivo do início da tentativa.¹⁸⁴

Percebe-se que um dos postulados da teoria objetiva é reflexo das críticas destinadas à teoria subjetiva, pois inicialmente desprezam completamente o elemento subjetivo sob o argumento de que, por estar o dolo presente durante todas

¹⁸² ibidem, p. 188.

¹⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p. p. 662.

¹⁸⁴ idem.

as fases do *iter criminis*, não poderia ser este o elemento a distinguir a preparação da execução do delito, invocando, então, um critério objetivo.¹⁸⁵ Tal critério irá variar conforme a espécie da teoria objetiva, as quais serão analisadas com mais cautela na sequência.

Assim, a partir deste ponto em comum – a adoção de um critério objetivo –, as teorias objetivas divergem entre si no que tange a qual é o elemento (objetivo) que demarca o início da tentativa de delito. Àquelas teorias que refutaram por completo a dimensão subjetiva, atribui-se o problema que decorre da ausência de análise do plano do autor, que é o único fator que possibilita o conhecimento de qual norma penal está sendo violada pelo agente criminoso, bem como o quão perto está o autor da efetiva produção do resultado típico.¹⁸⁶

Porém, reconhecendo este problema, as teorias objetivas mais recentes acabam adotando critérios complementares, deixando de focar apenas objetivamente na separação entre preparação e execução da infração penal.

3.3.1. Teoria objetivo-formal

A primeira vertente da teoria objetiva se utiliza exclusivamente de um critério objetivo para conceituar os atos de execução do crime. Para a teoria objetivo-formal, a tentativa nasce com o início da prática dos elementos previstos no núcleo da norma penal, isto é, no momento em que o agente dá início à realização do verbo que descreve o tipo, conforme sua redação abstrata na Parte Especial do Código Penal. Essa teoria, que tem como um de seus maiores defensores Robert von Hippel, é hoje a mais aceita pela doutrina.¹⁸⁷

Defende-se que as ações anteriores ao início da realização do verbo típico são apenas preparatórias, havendo a demarcação de um ponto que diferencia os atos preparatórios dos atos de execução. Por exemplo, diz-se que no crime de homicídio a ação de matar tem início no instante em que o autor aciona o gatilho da arma de fogo apontada para a vítima.¹⁸⁸

¹⁸⁵ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 306.

¹⁸⁶ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 203.

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 663.

¹⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 212.

Em suma, não haveria tentativa, muito menos autorização para uma intervenção repressiva penal por parte do Estado, se o autor ainda não começou a realizar o verbo descrito na norma penal: *o ato executório é aquele que pode ser descrito pelo verbo-núcleo do tipo e o ato preparatório é aquele que, não podendo ser descrito pelo verbo, viabiliza a realização do ato executório*. Percebe-se, então, que esta teoria prioriza a adequação da regra da divisão entre preparação e execução ao princípio da reserva legal, proporcionando maiores garantias ao agente infrator da norma penal.¹⁸⁹ Tal característica muito possivelmente é sua maior vantagem não apenas diante da teoria subjetiva, mas também em comparação com as demais espécies da própria teoria objetiva.

No entendimento de Farré Trepát, foi por proporcionar tamanha segurança jurídica e respeitar absolutamente o princípio da legalidade que esta teoria foi, em um primeiro momento, acolhida com tamanha intensidade pela doutrina alemã.¹⁹⁰

Convém mencionar, ainda, que esta teoria torna a distinção entre preparação e execução do crime um problema de índole exclusivamente da Parte Especial do Código Penal, sendo necessária tão somente a interpretação do verbo e do tipo penal.¹⁹¹

Deste ponto de vista parece ser uma tese irrefutável, até porque propicia segurança jurídica ao vincular o início da tentativa com a colocação em prática da conduta descrita literalmente na norma penal. Entretanto, uma análise mais cautelosa revela sérios problemas.

Primeiramente, destaca-se que a ausência de qualquer elemento subjetivo para caracterizar o início dos atos de execução dificulta a correta interpretação da conduta do autor, isto é, apenas o dolo do autor pode definir se, quando disparou contra sua vítima, deu causa a uma lesão corporal consumada ou a uma tentativa de homicídio.¹⁹²

Mais além, a exigência de que o agente tenha exercido uma parte da própria conduta típica certamente é eficaz para determinar a punibilidade de feitos que incontestavelmente são atos de tentativas, até porque já ingressaram no núcleo da norma penal e estão muito próximos da consumação. No entanto, não há tanta segurança em se dizer que os atos que antecedem o início da prática do verbo penal

¹⁸⁹ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 804-805.

¹⁹⁰ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 190.

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 696.

¹⁹² BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

devem ficar sem repressão, pois se encontram na linha tênue que separa a execução da preparação do crime.¹⁹³ Zaffaroni explica que:

A interpretação da fórmula do 'começo da execução' não oferece qualquer problema quando se tenha começado a cumprir a ação típica. (...) Trata-se de um sentido literal, segundo o qual existe começo de execução no homicídio quando se tenha 'começado a matar', não podendo duvidar-se de que tenha começado a matar aquele que, com fim homicida, já conseguiu ferir o indivíduo, mas existem dúvidas sobre se se deve acreditar que 'começa a matar' aquele que saca de uma arma (...).¹⁹⁴

Por outro lado, a teoria objetivo-formal acaba por encolher o âmbito de repressão penal e deixar muitas ações, que naturalmente classificaríamos como merecedoras de uma punição, fora da esfera do que é punível. É possível dizer, então, que oferece reduzida proteção ao bem jurídico, se comparada com outras teorias. Por exemplo:

no furto, o núcleo do tipo é subtrair. Sendo assim, somente a partir do contato físico do autor com a *res furtiva* seria possível falar em tentativa de furto. Segundo esse entendimento, o sujeito que arrombasse a porta de uma residência e lá ingressasse e estivesse abrindo um cofre com o emprego de uma furadeira, sendo flagrado no exato instante em que lograsse abrir o cofre, somente poderia ser punido por dano ao patrimônio particular e violação de domicílio, o que parece totalmente fora da realidade.¹⁹⁵

Outro problema que aparece é destacado por Ferré Olivé, no sentido de que alguns tipos penais apresentam especial dificuldade em indicar o início da tentativa somente com base no verbo descritivo da norma. Assim, ao mesmo tempo em que comprar uma faca certamente não integra o ato de matar,¹⁹⁶ o homicídio com emprego de arma de fogo é mais problemático, isto é, a ação de matar teria início ao sacar a arma, ao apontá-la ou apertar o gatilho? O autor relativiza o exemplo citado pouco acima e afirma que rigorosamente o verbo matar faz referência à produção do resultado morte, não parecendo ser possível a realização do verbo apenas de forma parcial.¹⁹⁷

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 54.

¹⁹⁴ idem.

¹⁹⁵ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit..

¹⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., loc. cit.

¹⁹⁷ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 579-580.

Percebe-se, então, que a teoria objetivo-formal responde à pergunta “quando começa a execução?”, afirmando que tem início com a prática da ação típica. Entretanto, o problema se translada para outra etapa, porque resta então responder “quando começa a realização da ação típica?”. Desta forma, continua sendo um critério impreciso.¹⁹⁸

Sobre o tema, Figueiredo Dias argumenta que *existe uma quantidade inumerável de actos que tudo indica deverem considerar-se como de execução sem todavia poder afirmar-se que eles integram o teor literal ou mesmo significante de um elemento típico*.¹⁹⁹

Além disso, apesar de contar com pontos favoráveis, principalmente no que diz respeito à rigorosa observância ao princípio da legalidade, a teoria objetivo-formal deve imperiosamente ser complementada por fatores que façam referência e esclareçam o tipo penal que está sendo colocado em prática pelo agente.²⁰⁰ Foi exatamente pela sua rigidez, muito embora apresente diversas garantias ao acusado, que tal teoria acabou perdendo apoio na doutrina alemã.²⁰¹

No que diz respeito à obediência ao princípio da legalidade, que aparenta ser o seu argumento mais forte, Zaffaroni frisa que se o fundamento da punibilidade da tentativa é a ameaça ao bem jurídico, então não podemos esperar que ele seja afligido com o começo da violação da norma penal, para que possa haver atuação por parte do Estado que impeça a sua efetiva agressão, através de sua ação tardia. Desta maneira, o início da execução não pode coincidir com o começo da ação típica: *pense-se na posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP), em que a execução começaria quando o fato já estivesse consumado, porque ‘começar a ter conjunção carnal’ já é ter conjunção carnal*.²⁰² Existem ações que não admitem realização parcial e, desta forma, se analisadas conforme o critério proposto pela teoria objetivo-formal, não admitiriam o crime na forma tentada.²⁰³

Segundo esta lógica, o legislador, ao redigir o comportamento proibido nos tipos penais, também pretendeu estender a proibição aos feitos atípicos que antecedem de imediato a realização da conduta típica *pois, do contrário, deixaria o*

¹⁹⁸ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., loc. cit.

¹⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 696-697.

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 697-698.

²⁰¹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 191.

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 54-55.

²⁰³ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., loc. cit.

bem jurídico desprotegido diante de condutas que constituem verdadeiras ofensas.

204

Assim, conforme este entendimento, não haveria violação ao princípio da legalidade se o momento de identificação dos atos de tentativa fosse recuado para o ato praticado imediatamente antes da violação à norma penal.

3.3.2. Teoria objetivo-material

Seguindo a ordem natural das coisas, foram exatamente os problemas advindos da teoria objetivo-formal que inspiraram a doutrina a elaborar um enunciado que se propusesse a superar essas dificuldades e apresentasse critério distinto para separar os atos preparatórios dos atos de execução.

Entretanto, ela jamais almejou superar a teoria objetivo-formal, mas apenas complementá-la e adequá-la ante as suas insuficiências. Por isso não há sentido em classificá-la como uma teoria nova.²⁰⁵

O fato de a teoria anterior expor o bem jurídico a maior perigo levou a teoria objetivo-material a adotar justamente a figura do bem jurídico como referência para construção de uma tese que agregasse maior conteúdo material à teoria objetiva. Assim, os atos de execução não podem aguardar para que sejam identificados conforme haja o início da realização do verbo do tipo penal, bastando que haja a demonstração de risco de lesão ao bem jurídico com a conduta do autor. Desta forma, já está configurada a tentativa a partir do momento em que o agente aponta a arma de fogo para a sua vítima, mesmo que não venha a disparar.²⁰⁶ Destarte,

para distinguir atos preparatórios e tentativa, é preciso ter em conta o grau de perigo representado concretamente pela conduta do agente, motivo pelo qual é o quanto de lesividade da ação que determinará a diferenciação entre uma coisa e outra.²⁰⁷

A consequência de entender o início da tentativa como a colocação em perigo do bem jurídico implica na distinção entre preparação e execução do crime;

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 55.

²⁰⁵ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 664.

²⁰⁶ ibidem, p. 663.

²⁰⁷ QUEIROZ, Paulo. op. cit., loc. cit.

na impunidade da tentativa absolutamente inidônea e; na distinção entre a pena do delito consumado do delito tentado, que é necessariamente mais branda.²⁰⁸

A barreira entre a preparação e a execução do crime estaria demarcada pela prática da *ação imediatamente anterior à realização do tipo penal*, pois tal ação já representaria um *perigo concreto de lesão* ao bem jurídico protegido.²⁰⁹ Nota-se, portanto, que há uma antecipação do momento de configuração da tentativa, incluindo atos que seriam considerados preparatórios para a teoria objetivo-formal.²¹⁰ A ampliação dos atos executórios foi considerada de suma importância para a teoria objetivo-material, uma vez que a teoria que a precedeu considerava diversos atos merecedores de punição como impuníveis.

Tal entendimento – de colocação do bem jurídico em perigo – é interpretado por Figueiredo Dias como uma aproximação do ponto de vista das teorias objetivas de fundamento da punibilidade da tentativa, por esta também tomar a exposição do bem jurídico a perigo imediato como marco da tentativa e razão da sua punibilidade.

211

Neste ponto, cabe um breve comentário referente a um momento inicial das teorias objetivo-materiais, que, à semelhança das teorias objetivo-formais, acabaram limitando os atos de tentativa ao início da realização da conduta típica. Eram teorias baseadas na causalidade da ação praticada pelo agente criminoso em relação à produção do resultado. Birkmeyer, por exemplo, pretendeu distinguir causa e condição, de maneira que as ações preparatórias seriam somente condição, enquanto que as ações executivas dariam causa ao resultado – aquela que, entre as condições, seria a mais eficaz para a produção do resultado. Observa-se que essa teoria deslocou o problema da distinção entre ação preparatória e ação de execução para a distinção entre causa e condição – o que não atenua de forma alguma a problemática.²¹²

Tal vertente da teoria objetivo-material não ganhou relevância como esta outra que defendeu a ampliação do âmbito das ações executórias. A ideia de que o ato que, apesar de atípico, é precedente e logicamente necessário à realização do núcleo do tipo deve já ser entendido como ato de execução do delito tem origem na

²⁰⁸ idem.

²⁰⁹ ibidem, p. 307.

²¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. 104 p. p. 81.

²¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 698.

²¹² FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 191-193.

fórmula de Reinhard Frank,²¹³ para quem os *atos de tentativa formam, com as ações típicas, uma unidade naturalística*, isto é, são atos que *segundo a experiência comum e salvo caso imprevisível, tenham a natureza de fazer esperar que se lhes sigam atos idôneos a produzir o resultado típico ou que preencham um elemento típico*.²¹⁴ Assim, por exemplo, *se unen el desenfundar el arma y el apuntar, en una unidad, con el realizar el disparo, porque esta última acción normalmente no se puede comprender sin las dos anteriores*.²¹⁵

A fórmula de Frank consiste em uma concepção natural, em que há o uso da linguagem para definir o começo da tentativa. Por conseguinte, a ação de matar englobaria também sacar ou apontar a arma de fogo, muito embora o verbo “matar” em seu sentido literal não permita estas interpretações. Deste modo, *o apelo ao uso da linguagem tem o inconveniente próprio de tais critérios, vale dizer, sua nebulosidade e geral indefinição*.²¹⁶

Segundo Zaffaroni, foi por esta razão que houve a complementação da teoria segundo um critério de imediatidade do perigo que atinge o bem jurídico, justamente para não deixar o critério à mercê exclusivamente da interpretação do núcleo da norma penal conforme a linguagem. A imediatidade seria identificada pela prática do último ato antes de o comportamento do agente entrar no núcleo do tipo, sem haver nenhum ato posterior a ele:²¹⁷

Daí concluir-se que deva valer-se deste ‘critério médio’ que nos indica que a ação se torna temível por ser ameaçadora, quando desde logo se estabelece uma relação direta com a consumação, ou, por outras palavras, quando se estabelece uma relação de *imediatidade* ou quando assim se a podem perceber desde logo (*ex ante*, evidentemente), o sujeito passivo e o Direito.²¹⁸

Via de consequência, seria incompatível com a teoria objetivo-material afirmar que a ação de matar tem início somente com o acionamento do gatilho da arma, pois conforme este novo entendimento *o ato de disparar ou sacar a arma para*

²¹³ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 664.

²¹⁴ GALVÃO, Fernando. op. cit., p. 805.

²¹⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 196.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 55-56.

²¹⁷ ibidem, p. 56.

²¹⁸ ibidem, p. 58.

carregá-la, e o de apontar para a vítima já são suficientes para dar início à execução do crime de homicídio.²¹⁹

Paralelamente, foram desenvolvidas outras teorias relacionadas, como a teoria da hostilidade ao bem jurídico ou hostilidade concreta, cuja autoria se atribui a Max Ernst Mayer. A proposta do autor visou a conceder maior proteção ao bem jurídico, considerando como tentativa de delito inclusive os atos que estão fora do comportamento descrito pelo tipo penal. Por exemplo, a execução do crime de furto teria início já com a utilização de chave falsa para abrir a porta da casa da vítima.²²⁰

Assim, os atos de execução poderiam ser identificados conforme houvesse ou não agressão ao bem jurídico no caso concreto, caso fosse constatado que o ato é inofensivo, tratar-se-ia meramente de ato preparatório.²²¹ De tal forma,

Mayer preocupou-se em identificar a tentativa como a representação de uma conduta perigosa, para evitar, por um lado, a impunidade de atitudes que consistissem em um verdadeiro perigo e, por outro, o castigo a algo que não represente perigo.²²²

Nada obstante, a proposta da teoria objetivo-material também comporta oposições. Primeiramente, não leva em consideração o dolo do agente, tornando alguns casos de difícil resolução por não haver clareza quanto ao bem jurídico ameaçado pela sua conduta, muito menos o tipo de injusto que está sofrendo agressão. Assim, não poderíamos dizer com certeza se alguém que aponta uma arma tem a intenção de ameaçar, causar a morte ou uma lesão na vítima.

Além disso, rigorosamente as ações anteriores ao tipo penal não *possuem potencialidade lesiva do bem jurídico*, então, no exemplo em que o autor aponta a arma para a vítima, seja com o dolo de homicídio ou de lesão corporal, a efetiva agressão ao bem jurídico ainda depende de um ato de vontade do autor, que levaria o autor a acionar o gatilho da arma – de maneira que a falta de resultado não pode ser explicada por circunstâncias alheias à vontade do agente. Em decorrência disso, aquilo que o legislador optou por deixar fora do âmbito da punibilidade, por não estar

²¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 580.

²²⁰ GALVÃO, Fernando. op. cit., loc. cit.

²²¹ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

²²² idem.

descrito pelo tipo penal, acaba sendo alvo de punição segundo a teoria objetivo-material, ameaçando o princípio da legalidade.²²³

Neste sentido, Farré Trepas esclarece que

La seguridad jurídica que aportaba la teoría objetivo-formal se perdió indiscutiblemente con las teorías objetivo-materiales. Éstas ampliaban el ámbito de la ejecución sin determinar claramente en qué momento empezaba la ejecución. (...) Pero también éstas aportaron, no obstante, un criterio decisivo. Éste fue el advertir que la acción ejecutiva no puede iniciarse con la acción típica, como exigía la teoría objetivo-formal, sino ya en un momento anterior en acciones que aún no forman parte propiamente de la acción típica.²²⁴

Para finalizar, é interessante destacar que, mesmo reconhecendo as insuficiências da teoria ora analisada, Figueiredo Dias vislumbra nessa teoria o que chama de um *poderoso critério de delimitação à luz das teorias formais objectivas*. A sugestão do autor é que na fórmula de Frank, que em sua opinião dispõe do *caminho mais seguro e exacto de concretização da linha separadora de actos preparatórios e de execução*, deve haver a substituição da conotação naturalista por uma conotação social. Ainda, requer a adaptação no sentido de que o perigo ao bem jurídico não deve ser imediato ou iminente, mas sim um perigo típico, *concretamente referido ao tipo ou à realização típica*. Sem embargo, admite que casos concretos difíceis exigem novos e mais critérios que delimitem com mais exatidão a fronteira entre os atos preparatórios e os atos de execução.²²⁵

3.3.3. Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva

A teoria objetivo-subjetiva, pela primeira vez entre as teorias objetivas que pretendem delimitar o início da punibilidade do delito sob sua forma tentada, faz a união entre elementos objetivos e subjetivos, no esforço de proporcionar maior segurança e rigidez na separação entre atos preparatórios e atos de execução.

O aspecto subjetivo adotado pela teoria também conhecida como objetivo-individual é no sentido de ser analisado o plano do autor, de forma que só existe tentativa se for verificado que o autor já deu início à realização do seu plano delitivo.

²²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 212-213.

²²⁴ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 203.

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 699.

Nada obstante, não exclui a perspectiva objetiva, pois exige a *imediatidade da conduta em relação à realização típica*.²²⁶

Sobre a vontade do autor, Ferré Olivé destaca que ela é imprescindível, pois *sem conhecer dito plano do autor, não se pode conhecer nem qual o tipo que seria realizado, tampouco o perigo que correria o bem jurídico*, isto é, se a ação praticada está perto ou não da consumação do delito, conforme o plano elaborado pelo agente. Desta forma, o autor argumenta que o art. 14, inciso II do Código Penal, apesar de conter somente elementos objetivos na sua redação, não deve ser *interpretado essencialmente de maneira objetiva*.²²⁷

Em relação à dimensão objetiva, foi constatada a necessidade de que o critério da *imediatidade da conduta em relação à realização típica* fosse melhor definido, sendo insuficiente a análise do tipo penal abstrato, surgindo então o critério de complementação conforme o plano concreto vislumbrado pelo autor do crime.²²⁸

De modo geral, os representantes da teoria objetivo-individual admitem a importância do plano do autor em face da delimitação do início da tentativa, mas reconhecem ao mesmo tempo que ele não é suficiente como critério de distinção entre atos preparatórios e atos de execução, havendo de ser conjugado com critérios objetivos.²²⁹

Segundo essa lógica, Hans Welzel, um dos maiores defensores desta teoria, considera haver tentativa de homicídio a partir do instante em que o agente aponta a arma para sua vítima, não havendo necessidade que haja o disparo.²³⁰ Ele explica que:

La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo (...). Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.); (...) A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica.²³¹

A proposta de Welzel inclui, portanto, uma análise da representação que o autor do delito tem do fato criminoso. Ou seja, saber o tipo penal a que se refere a

²²⁶ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 665.

²²⁷ FERRÉ OLIVÉ, J. C.; NÚÑEZ PAZ, M. Á.; OLIVEIRA, W. T. de; BRITO, A. C. de. op. cit., p. 580-581.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 58-59.

²²⁹ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 203-204.

²³⁰ BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

²³¹ WELZEL, Hans. op. cit., p. 224.

ação do agente é essencial para que haja a identificação de se já houve ou não a ultrapassagem da fronteira entre a preparação e a execução da norma penal que o autor pretende violar. Busato entende que esse foi um passo dado na direção correta, afinal, como já foi dito diversas vezes no decorrer deste trabalho, a tentativa é um tipo dependente e só pode ser analisada se for tomado como base o tipo penal a que se refere a conduta do autor.²³²

Assim, *a subjetivação do critério seria necessária porque a ação imediatamente anterior à ação do tipo só é determinável no contexto do plano do autor.*²³³ Então, se levado em consideração o plano do autor para determinação do início da tentativa, conclui-se que há

tentativa de homicídio na ação de apontar a arma para a vítima, se esse é o plano do autor para realizar a ação de matar; tentativa de furto no movimento da mão em direção à coisa no bolso da vítima, se esse é o modo planejado de realizar a ação de subtração.²³⁴

Em outras palavras, para ter conhecimento de se um ato é ou não imediatamente precedente à realização da conduta típica, ou seja, que entre ele e a conduta típica não haja outro ato, deve ser tomado em conta o plano do autor e não a representação que um terceiro poderia ter do fato.²³⁵

Então, por exemplo, se no crime de homicídio o autor aponta a arma para sua vítima, apenas para mantê-la parada, enquanto seu comparsa busca a gasolina e o fósforo para matar a vítima queimada, o ato de apontar a arma para a vítima não pode ser considerado como ato de execução, porque ainda restam atos a serem praticados antes de ser realizada a conduta descrita pelo tipo penal. Neste exemplo, apontar a arma é somente a preparação do crime, enquanto que banhar a vítima de gasolina e acender o fósforo seriam atos de execução. Isto porque, conforme o plano do autor, a ideia nunca foi matar a vítima a tiros mas sim com o emprego de fogo.

De todo modo, Queiroz adverte que o intérprete não pode se valer exclusivamente do plano do autor (elemento subjetivo) para identificar se o autor já deu início à execução do crime ou se ainda não passou da sua preparação. Assim, muito embora segundo a representação do autor procurar a vítima consista em ato

²³² BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit.

²³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. 104 p. p. 82.

²³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 81-82.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 62.

de execução do crime de homicídio, o limite entre a preparação e a execução não pode deixar de respeitar a literalidade da norma e fazer referência à interpretação atinente a ela, ou seja, se o ato realizado pelo autor é de preparação ou execução vai depender também do entendimento adotado pelo direito vigente e não somente do que passa na cabeça do autor no momento de seguir com o seu plano criminoso.

236

O autor ilustra seu entendimento com um exemplo:

se, para um estranho, flagrá-lo no interior de uma casa que seria furtada e cujo domicílio violara já constitui início da execução de um furto, o mesmo não ocorre (mas ato de mera cogitação ou preparação) quanto ao caseiro (que também furtaria) que tem autorização para circular pelo interior do imóvel. E quem atua legalmente não inicia, em princípio, a realização de um tipo penal.²³⁷

Muñoz Conde corrobora com esta visão e afirma que o problema desta teoria é transformar em subjetivo um critério que na lei é tido como objetivo, pois considera que o próprio agente, conforme o seu plano delitivo e conhecendo todas as circunstâncias do feito, é quem decide se já houve ou não o início da execução do delito.²³⁸

Com efeito, argumenta-se que deve haver especial atenção para o verbo que foi empregado pelo legislador na descrição do tipo penal (*matar, ofender, constranger, subtrair*), pois é ele que vai determinar a partir de qual momento pode haver início da tentativa, isto é, deve ser analisado, com base no verbo, se a conduta do autor proporciona risco próximo e iminente ao bem jurídico; se o autor está a ponto de infringir a norma penal ou não.²³⁹

Assim sendo, cabe ainda definir o elemento objetivo para esta teoria, ou seja, qual seria o momento em que o autor se coloca próximo da realização do tipo penal: se com o início da realização do verbo (aproximando-se da teoria objetivo-formal) ou se com a realização do ato imediatamente anterior à conduta descrita pela norma penal (adotando critério já antes utilizado pela teoria objetivo-material).

A resposta a essa pergunta acaba por fracionar os adeptos da teoria objetivo-subjetiva. A maior parte de seus defensores, entre eles Welzel, acredita que

²³⁶ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 308.

²³⁷ ibidem, p. 309.

²³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 465.

²³⁹ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 308.

o aspecto objetivo consiste na realização de atos atípicos que, conforme o plano do autor, coloca-o em posição imediata com a realização do tipo penal. Tal entendimento aproxima a teoria objetivo-subjetiva da teoria objetivo-material. Por outro lado, parte minoritária acredita que o elemento objetivo é alcançado quando o agente inicia a execução da ação descrita rigorosamente pelo verbo da norma penal, harmonizando a teoria objetivo-subjetiva com a teoria objetivo-formal.²⁴⁰

Logicamente, esta vertente teórica admite as mesmas críticas conforme seja conjugada com a teoria objetivo-material ou com a teoria objetivo-formal. No primeiro caso, *antecipa a punibilidade da tentativa pelo recuo da linha que separa ações preparatórias e ações executivas incluindo ações exteriores ou anteriores ao tipo legal*, ações estas que comumente não representam perigo de lesão concreto ao bem jurídico.²⁴¹ Por outro lado, a segunda hipótese traz os problemas já mencionados relativos à teoria objetivo-formal, incluindo a complexidade de definir o momento em que há a colocação em prática do verbo de alguns tipos penais e o fato de que seu restrito âmbito de punibilidade acaba excluindo muitas ações que naturalmente consideraríamos como merecedoras de uma punição.

Até o momento, os critérios adotados pela teoria objetivo-individual parecem esclarecidos: toma-se o plano do autor (elemento subjetivo) como referência para saber qual tipo penal está sendo violado e, com base na periculosidade dos atos colocados em prática (elemento objetivo) e na sua representação do fato, verifica-se se houve ou não a ultrapassagem da barreira entre a preparação e a execução do delito. No entanto, ainda restam dúvidas acerca de qual deveria ser o critério a balizar essa ultrapassagem. Isto é, se somente a colocação em prática do plano do autor, independente da realização ou aproximação do núcleo do tipo, ou se há necessidade de realização do plano do autor em conjunto como a interpretação da literalidade do tipo penal e dos elementos que ele exige.

Conforme já foi dito anteriormente, existem aqueles que defendem que o plano do autor não pode ser o único elemento utilizado para esse fim – é o entendimento de Queiroz, que aponta para a importância de levar em consideração a redação da norma penal. Por outro lado, também existem autores que entendem pela suficiência de utilizar tão somente a representação que o autor tem do fato,

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. op. cit. p. 666.

²⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 214-215.

levando a segundo plano a exposição de perigo ao bem jurídico. Neste sentido, cita-se o exemplo de Busato:

No caso do conhecido conto do bilhete, quando os autores, disfarçados, iniciam a conversa com a vítima, visando que esta lhes entregue valores para ficar com o bilhete, sem dúvida, já deram início ao seu plano, contudo, não se pode falar nem de obtenção de vantagem (núcleo do tipo), nem de colocação em perigo do patrimônio da vítima (bem jurídico afligido). Portanto, é difícil compreender por que se exigiria formalmente a realização do núcleo do tipo ou a ofensa ao bem jurídico *complementarmente* à deflagração do plano do autor.²⁴²

Segundo este entendimento, o elemento objetivo da teoria objetivo-individual refere-se ao significado ou sentido da ação exercida pelo agente, de modo a enquadrar essa ação em um processo de comunicação que transmite a ideia e a representação que o autor tem do fato.²⁴³

A concepção da teoria objetivo-individual como uma ação que transmite sentido contém uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Deste modo, seguramente as intenções criminosas do agente interferem em sua conduta, assim como a sua conduta só adquire relevância jurídico-penal quando *expressas objetivamente através de alguma realização*. Seria essa união de elementos que levaria o intérprete a deduzir o sentido que traduz a sua ação.²⁴⁴

Enfim, são posição contrárias que entendem pela necessidade ou não da exposição do bem jurídico a risco para que esteja configurada a tentativa. Percebe-se, então, que a teoria objetivo-subjetiva abrange diversos pontos de vista e acaba recepcionando teóricos com opiniões bastante discordantes.

Farré Trepát conclui que a fórmula de Frank foi melhorada e aperfeiçoada em grande escala após a implementação do critério subjetivo do plano do autor, realizada sobretudo por Welzel.²⁴⁵ Apesar de ainda não colocar um fim ao problema da separação entre preparação e tentativa, Zaffaroni se mantém otimista e admite que a teoria objetivo-individual, até o momento, foi a que mais se aproximou do núcleo do problema.²⁴⁶

²⁴² BUSATO, Paulo César. op. cit., loc. cit..

²⁴³ idem.

²⁴⁴ ibidem, p. 667.

²⁴⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. op. cit., p. 206.

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 61.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, desde o conceito de tentativa até os mais numerosos detalhes das teorias que propõem um critério de separação entre os atos preparatórios e os atos de execução, é incontestável a complexidade do tema abordado.

Em que pese entenda-se pela dificuldade de se chegar a alguma conclusão que pelo menos amenizasse os problemas que foram expostos, o que poderia criar certo ceticismo e desânimo por parte do leitor, alerta-se para a importância e urgência em debater o assunto, sempre em busca de maior segurança jurídica e estabilidade no seu tratamento.

Percebe-se que a temática torna-se ainda mais difícil quando da análise de casos concretos, pois eles fazem referência unicamente a uma infração penal e, como cada tipo penal conta com as suas particularidades, é extremamente difícil criar uma regra geral que seja eficiente para resolver todos os casos que podem e são enfrentados pela jurisprudência diariamente. Ressalta-se que a investigação do problema apresentado em plano teórico não pode ignorar o fato de que ele ganha existência no plano prático.

Depreende-se, também, que não se pode falar em pacificação de entendimento algum, muito menos acreditar que estamos perto de encontrar uma solução ou acabar com toda essa incompreensão relacionada ao tema.

Uma análise mais aprofundada, talvez em outra oportunidade, requer certamente o estudo de casos concretos, talvez através de grupos de casos, cada qual respeitando as suas singularidades.

No direito brasileiro, é complicado defender que houve a adoção de uma ou outra teoria, afinal, em momento algum o código estabelece expressamente qualquer tipo de orientação teórica, somente prevendo que a tentativa tem início com o começo da execução do delito, conforme a redação do art. 14, inciso II do Código Penal.

Cabe lembrar, mais uma vez, que a referência ao “início da execução” não é esclarecedora o suficiente para que afaste o impasse referente à divisão entre preparação e execução do crime, sendo tão somente uma fórmula geral que pouco delimita quando pode ser vislumbrado o começo do delito tentado.

Tal é a relevância que as teorias estudadas no presente trabalho representam para a delimitação do início da tentativa: a eleição de um critério que fixe, em complementação à fórmula do “começo da execução”, o momento em que se alcança o começo da tentativa e da execução do crime.

Apesar das dificuldades enfrentadas, é possível observar uma evolução da doutrina no sentido de que cada teoria inédita, que aceita o desafio de separar os atos preparatórios dos atos de tentativa, é estimulada pelo seu enunciado antecedente a superar seus inconvenientes e encontrar novos meios de distinção.

O que nos parece certo é que, independente do critério adotado, ele deve ser geral no que diz respeito às características genéricas da tentativa, ou seja, naquilo que pode ser generalizado. Entretanto, os diversos tipos penais, localizados na Parte Geral do Código Penal ou na legislação extravagante, exigem que não sejam desconsideradas as suas individualidades, pois são exatamente os elementos que dizem respeito exclusivamente a um ou outro tipo penal que tornam impossível a adoção de um critério geral que não se atente às diferenças entre eles.

Neste sentido, afirma-se novamente que o problema central que assombra a temática consiste no fato de que a tentativa não é um tipo autônomo, mas sim um tipo incompleto ou dependente. Isto é, ela depende da combinação com um tipo penal e, por isso, não pode ser adotado um critério de delimitação do seu início sem que haja menção ao tipo penal a que faz referência.

Todo e qualquer esforço em demarcar o início da tentativa deve fazer referência a cada um dos tipos penais com os quais ela pode ser combinada, o que traz grandes dificuldades. Desta maneira, é extremamente difícil definir uma regra geral que englobe todas as hipóteses em que pode haver tentativa de delito.

Assim, é preciso haver cautela, pois toda criação de regras muito genéricas pode acabar ferindo o princípio da legalidade, ao deixar de atentar para a literalidade da redação dos tipos penais que, assim como possuem momentos distintos de consumação, podem também contar com momentos distintos que marquem o início da tentativa.

Além disso, acredita-se que quanto maior a quantidade de critérios adotados que possam definir o início da execução do delito, com maior segurança jurídica poderão ser enfrentadas as mais variadas situações que podem ocorrer na vida real. Esta foi a tendência que se observou nas teorias: de cada vez haver a adoção de

mais critérios complementares para tentar separar de forma mais sólida os atos preparatórios dos atos de tentativa.

Enfim, o assunto é sim de incontestável dificuldade e é preciso que haja muita cautela e atenção ao estudá-lo. Mas, muito embora todos os inconvenientes que se demonstrou ao estudar o tema, mantém-se o otimismo de que a insistência em se investigar a matéria leve, algum dia, a trata-se o tema do momento inicial da tentativa com maior segurança e sem tantas incertezas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1042 p.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 326 p.

BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de acción**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 456 p.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1956.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FARRÉ TREPAT, Elena. **La Tentativa de Delito: doctrina y jurisprudencia**. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2011.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 846 p.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputacion**. 2.ed.corr. Madrid: M. Pons, 1997. 1113 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Comares, 1993. 913 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. 679 p.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 2014. 2 v.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. 104 p.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Editorial Jurídica de Chile, 1993. 343 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.